

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



DIREITO À PRIVACIDADE E SEGREDO BANCÁRIO

NAS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E INTERNACIONAL

Isabel Augusta Prata Vaz Afonso



**Dissertação de Mestrado em
Direito Internacional e Relações Internacionais**

2014



**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



DIREITO À PRIVACIDADE E SEGREDO BANCÁRIO

NAS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E INTERNACIONAL

Isabel Augusta Prata Vaz Afonso



Dissertação de Mestrado orientada pelo Professor Doutor Rui Guerra da Fonseca

Mestrado em Direito Internacional e Relações Internacionais

2014



ÍNDICE

Introdução	1
1. Segredo bancário	5
1.1. Introdução	5
1.2. Valores protegidos pelo segredo bancário	9
2. Direitos Humanos	13
2.1. Introdução	13
2.2. Fundamento dos Direitos Humanos	17
2.3. Características dos Direitos Humanos e principais categorias	20
3. Direito à privacidade em especial	24
3.1. Nota histórica	24
3.2. Delimitação da privacidade	26
3.3. Interesses protegidos pelo direito à privacidade	30
3.4. Características do direito à privacidade	32
4. Direito Internacional dos Direitos Humanos	34
4.1. Evolução histórica, características, definição e principais fontes	34
4.2. A protecção do direito à privacidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos	42
4.2.1. Protecção do segredo bancário pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos?	44
5. Limites à protecção do direito à privacidade	49
6. Restrições ao direito à privacidade pela quebra do segredo bancário	55
6.1. No Direito português	58
6.2. No Direito Internacional	65
7. Requisitos das restrições	69
7.1. No Direito português	71
7.2. No Direito Internacional	81
8. Autorização do cliente para o levantamento do segredo bancário	88
Conclusões	92
Bibliografia	99

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é frequente o estabelecimento de relações jurídicas entre indivíduos e instituições bancárias: grande parte das pessoas possuem contas bancárias que movimentam quotidianamente, celebram contratos de mútuo bancário, entre outros. Estes negócios celebrados entre cliente e instituição bancária colocam aquele numa situação de especial vulnerabilidade pois nesse contexto fornece ao banco informação de variada natureza, à qual este pode também ter acesso por via indirecta, através da consulta de movimentos de contas, e cuja divulgação poderá pôr em causa a privacidade do indivíduo.

É neste contexto que surge a questão da tutela constitucional do segredo bancário. O direito ao segredo bancário está previsto em lei ordinária no nosso país, estando o banqueiro obrigado a cumprir o dever de não divulgar as informações de que tome conhecimento por meio do exercício da actividade bancária, sendo o dever de segredo bancário uma vertente do dever de segredo profissional, que proíbe a divulgação de informações a terceiros, neles se incluindo o Estado. O Estado, por sua vez, está vinculado a respeitar e garantir os direitos fundamentais – entre os quais o direito ao respeito da intimidade da vida privada. Esta vinculação resulta também do DIDH, enquanto regulador das relações de Direito Público entre indivíduos e Estado, em relação à intimidade - que respeita à vida familiar e sentimental - e à vida privada - na qual se inclui informação de índole pessoal e patrimonial -, não parecendo resultar dos preceitos dos instrumentos legais de Direito Internacional relativos a Direitos Humanos, que preveem o direito à privacidade, distinções quanto a esferas de protecção. Impõe o art.º 16º, 2 CRP que os preceitos relativos a direitos fundamentais sejam interpretados e integrados de harmonia com a DUDH, assim sendo, independentemente do teor da informação em questão, o segredo bancário é um direito constitucionalmente tutelado, uma vez que o seu intuito é proteger o direito à privacidade (entre outros direitos e interesses públicos).

O objectivo do Direito Humano à privacidade - consequentemente do segredo bancário – é a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, que pressupõe uma esfera de autonomia do indivíduo quanto ao modo como decide conduzir a sua vida, sem interferências de terceiros. A dignidade humana é um valor absoluto, querendo isto significar que, sendo os Direitos do Homem universais, inerentes a todo e qualquer ser

humano individualmente considerado, sem discriminação, a dignidade de uma pessoa só pode ser ponderada quando em confronto com a dignidade de outros seres humanos. Assim, valores como a justiça, igualdade, solidariedade e segurança (e liberdade relativamente à auto-restrição do direito à privacidade através da dispensa do segredo bancário pelo titular do direito), concretizadores da dignidade humana, justificam as restrições ao conteúdo do direito à privacidade, através da quebra do segredo bancário, decorrentes dos limites ao exercício do direito, como meio de salvaguardar interesses de terceiros ou interesses públicos superiores, ambos dignos de tutela pela Ordem Jurídica.

As excepções ao sigilo bancário no Direito português constam do art.º 79º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, contando-se, entre estas, as excepções institucionais, cujo propósito é garantir o bom funcionamento, equilíbrio e estabilidade do sistema financeiro; as excepções no âmbito de um processo penal, como meio de garantir a prossecução do interesse público na investigação e punição criminal; as excepções perante a Administração tributária, justificadas pelo interesse público na justa tributação e igualdade fiscal; e, finalmente, outras excepções previstas na lei, nas quais se inclui (entre outras) as decorrentes de um processo civil para salvaguarda do interesse na boa administração da justiça. Também estes são interesses dignos de tutela constitucional e também eles são tutelados pela Ordem Jurídica Internacional. Tem-se reconhecido que a defesa destes interesses públicos, comuns à Comunidade Internacional, nomeadamente o de combate ao crime internacional e a justa e efectiva tributação, consegue ser mais eficazmente assegurada se houver cooperação e coordenação entre os Estados. Por esse motivo, principalmente ao nível comunitário, tem-se registado uma tendência de flexibilização do segredo bancário por parte dos Estados - pressuposto necessário para o cumprimento de Directivas Comunitárias que obrigam à troca de informações entre estes. O resultado pretendido é, assim, a atenuação dos efeitos nefastos da livre circulação de pessoas e capitais. Também a OCDE se tem pronunciado no sentido de que os interesses públicos conseguem ser melhor protegidos se houver uma cooperação inter-estadual, com base principalmente num sistema de troca de informações.

Todavia, as excepções ao segredo bancário, como restrições ao direito à privacidade, não podem ser arbitrárias, têm que respeitar requisitos impostos pela Ordem Jurídica nacional e internacional das restrições aos direitos fundamentais e Humanos, respectivamente. É em primeiro lugar ao legislador (que será a Assembleia da

República ou o Governo, à luz do art.º 165º, 1, b) CRP) que se impõe o respeito desses requisitos, mas também as autoridades às quais a lei permite quebrar o segredo estão vinculadas a requisitos, nomeadamente ao respeito do princípio da proporcionalidade.

O objecto do presente estudo é apurar a relação entre o segredo bancário e o direito à reserva da intimidade da vida privada consagrado na Constituição, bem como o direito à privacidade consagrado nas diversas fontes legislativas internacionais sobre Direitos Humanos. Uma vez abordada esta questão pretende-se aferir o respeito dos requisitos das restrições ao direito à privacidade na Ordem Jurídica portuguesa. Neste sentido será abordado, primeiramente, o segredo bancário, fazendo-se uma introdução ao mesmo, na qual se inclui a definição, o objecto, a natureza jurídica, os fundamentos e os valores protegidos, com especial destaque para o direito à privacidade.

Sendo o direito à privacidade um Direito Humano, far-se-á, em segundo lugar, uma exposição sobre Direitos Humanos em geral, na qual irão ser abordadas questões como o seu fundamento, características e categorias de Direitos Humanos, seguindo-se uma exposição sobre o direito à privacidade em especial, onde, após uma breve introdução histórica, se fará uma delimitação da privacidade e o apuramento de quais os interesses protegidos por este direito, assim como as características que lhe são inerentes.

Como Direito Humano, o direito à privacidade é tutelado pelo DIDH, o que justifica que se faça uma exposição sobre este ramo do Direito, indicando a sua origem histórica, as suas características, definição e principais fontes. Neste âmbito, será dada especial atenção às fontes de DIDH que preveem o direito à privacidade e, por último, concluir-se-á pela protecção constitucional e internacional do segredo bancário, partindo do princípio que tutela a privacidade das pessoas, passando pela análise das diferentes posições da doutrina e jurisprudência quanto à protecção constitucional ou não do segredo bancário, dependentemente da concepção (mais ampla ou mais restrita) de intimidade que adoptem.

Após a análise da relação entre direito à privacidade e segredo bancário, tendo em consideração que não são direitos absolutos, segue-se a análise dos limites ao exercício do direito e restrições ao seu conteúdo, com destaque, neste último tópico, para as restrições ao direito à privacidade pela quebra do segredo bancário. Serão enumeradas as principais excepções ao segredo bancário previstas no Ordenamento Jurídico português (sem pretensão de aprofundamento da análise dos respectivos regimes) e

quais os interesses que se propõem proteger, seguida de uma breve abordagem da questão no Direito Internacional, designadamente no Direito Comunitário e no âmbito da OCDE.

As excepções ao segredo bancário são restrições aos direitos fundamentais, por isso têm que respeitar requisitos que passam pela previsão legal, autorização constitucional/prosecução de um fim legítimo e respeito pelo princípio da proporcionalidade. Será também objecto de análise o respeito destes requisitos pelo legislador português e concluir-se-á que, no Direito nacional, as excepções ao sigilo bancário estão previstas na lei, são autorizadas pela Constituição para prossecução de fins legítimos e são proporcionais na medida em que são necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito.

Em último lugar, será objecto de breve tratamento a dispensa do dever de segredo bancário por autorização do cliente, que é uma auto-restrição ao direito à privacidade, mas que não briga com a irrenunciabilidade e inalienabilidade, características deste direito – não sendo consequentemente proibida pela Constituição nem pelo DIDH.

1. SEGREDO BANCÁRIO

1.1. INTRODUÇÃO

É corrente nos dias de hoje o estabelecimento de relações jurídicas com instituições bancárias, seja por meio a abertura de contas, pedidos de empréstimo, ou outro tipo de contratos. Ao estabelecer essas relações contratuais, o cliente fornece ao banco informações variadas, de cariz pessoal e patrimonial e, para além destes dados fornecidos directamente pelos clientes, os bancos têm igualmente acesso a essas informações, por exemplo, através da consulta dos movimentos bancários efectuados com cartões de crédito ou outros meios de pagamento. Desta forma, os bancos podem saber quais os hábitos de vida dos clientes, como o tipo de bens que adquirem, que locais frequentam, etc. e daí a afirmação de que, “uma parte importante da vida pessoal do cidadão está espelhada na sua conta bancária”¹.

Incluem-se igualmente na categoria de clientes os sujeitos que tenham estabelecido apenas relações pré-negociais com os bancos², não chegando a ser celebrado um contrato, ou que já tenham cessado essas relações com a instituição bancária³, pois também antes de celebrado o contrato o cliente revela informações ao banco e, mesmo após o seu termo, o banco as conserva.

Por serem detentores de informações privilegiadas acerca dos seus clientes, tradicionalmente os bancos têm o dever de guardar segredo desses dados, não os revelando a terceiros alheios à relação jurídica estabelecida, inclusive aos Estados e outras entidades públicas à margem das condições legais. Têm também um interesse nisso, caso contrário estariam a pôr em causa a credibilidade da instituição bancária, o que resultaria numa perda de clientela pois, como afirma Menezes Cordeiro⁴, referindo-

¹ LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Sigilo Bancário e Direito Constitucional*, In: Diogo Leite de Campos (Dir.), *O Sigilo Bancário*, Instituto de Direito Bancário, Edições Cosmos, Lisboa, 1997, págs. 11-17 - pág. 16)

² LUÍS, Alberto, *Direito Bancário – Temas, Críticas e Legislação Conexa*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985 - pág.88 e AZEVEDO, Maria Eduarda, *O Segredo Bancário*, In: Revista Ciência e Técnica Fiscal, nº 346 – 348, Lisboa, 1989 - pág. 7.

³ Neste sentido MACEDO ALVES, Telmo José, *O Sigilo Bancário – uma Perspectiva Constitucional em Matéria Tributária*, In: *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. 3, Coimbra, 2010, págs. 11-82. Segundo o autor, o dever de segredo mantém-se “mesmo depois de o cliente deixar de o ser” e até “depois da extinção das instituições bancárias e até da extinção da relação funcional (...) que liga funcionalmente (em termos de *estrutura*) as pessoas físicas à instituição bancária” – pág. 17

⁴ *Manual de Direito Bancário*, 3ª Edição, Almedina, 2006 - pág. 255.

se ao estabelecimento do segredo bancário nos usos da banca, “nenhum banqueiro conhecido pela indiscrição seria procurado pelos clientes”.

O segredo bancário pode, assim, ser definido como o dever que os bancos, seus órgãos e trabalhadores têm de não revelar as informações pessoais e patrimoniais dos clientes a terceiros face à relação jurídica, que detêm em virtude do exercício da actividade bancária.

O objecto do segredo bancário são todas as informações que o cliente revelar e todas aquelas de que o banco tome conhecimento em razão da relação contratual estabelecida e cujo conhecimento advenha do exercício da profissão⁵.

Quanto à natureza jurídica do segredo bancário, este é, antes de mais, um dever do banco de se abster de revelar ou tirar proveito das informações acerca dos seus clientes de que é detentor⁶. Trata-se, portanto, de uma obrigação de *non facere*, apesar de, segundo Menezes Cordeiro⁷, o seu cumprimento poder, “num plano acessório, exigir actuações positivas: fechar portas e gavetas, usar cofres ou codificar elementos, consoante a intensidade do dever”.

Para além de um dever, o segredo bancário é também um direito subjectivo privado e público do banco e do cliente simultaneamente⁸. Concretizando: o banco é titular de um direito subjectivo privado absoluto face a terceiros particulares, uma vez que o pode opor a estes terceiros, estranhos à relação jurídica, isto é, não tem de lhes revelar as informações sobre os seus clientes, a que tem acesso por meio da actividade bancária que exerce. É igualmente titular de um direito subjectivo público face ao Estado e demais entidades públicas, uma vez que, à excepção de determinadas situações previstas na lei em que, por razões de interesse público, podem ter acesso a dados do cliente de que a instituição bancária é possuidora, o Estado e demais entidades públicas não podem quebrar o sigilo bancário.

Quanto ao cliente, é titular de um direito subjectivo privado absoluto, ou seja, tem o direito a que terceiros face à relação jurídica estabelecida com o banco não tomem

⁵ LUÍS, Alberto, cit., pág. 101 e SARAIVA MATIAS, Armindo, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1998, pág. 87.

⁶ PESSOA PINTO, Ana, *Temas de Direito Bancário*, Maputo, 1999 – pág. 240; GOMES, Noel, *Segredo Bancário e Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 19.

⁷ *Manual de Direito Bancário* (...), pág. 253.

⁸ GOMES, Noel, cit., págs. 19 e 20 e CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Segredo Bancário – em Especial, Face às Alterações Fiscais da Lei n.º 30-G, de 29 de Dezembro*, In: *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. II, Almedina, Lisboa, 2002, págs. 178 e 179.

conhecimento desses dados e que se abstenham de condutas que violem esse direito; possui também um direito subjectivo privado relativo contratual face ao banco, na medida em que esta instituição tem de cumprir deveres de boa-fé contratual, nomeadamente não revelando nem tirando proveito dos dados a que teve acesso por força da relação contratual estabelecida. Por fim, esse direito é também um direito subjectivo público face ao Estado e demais entidades públicas, na medida em que pode opor-lhes esse seu direito.

O fundamento do instituto não é entendido de forma consensual, varia consoante o ordenamento jurídico e a época histórica em questão. Deste modo, são diversos os fundamentos jurídicos apontados pela doutrina⁹.

O sigilo bancário era, inicialmente, uma regra costumeira baseada na relação de confiança que se estabelecia entre os bancos e os seus clientes. Mas o entendimento do segredo bancário como costume perdeu sentido nalguns ordenamentos jurídicos, como consequência da sua regulamentação. O costume passou assim a lei.

Outro fundamento do segredo bancário apresentado pela doutrina é de base contratual. Para os que defendem esta teoria, o segredo é consequência do vínculo contratual que se estabelece entre o banco e o cliente, prevalecendo a vontade do cliente, que espera discrição por parte do banqueiro quanto à sua situação patrimonial. Nos E.U.A., por exemplo, em que não existe consagração legal do segredo bancário, mas que, apesar de frágil comparativamente com outros países como a Suíça, se reconhece a sua protecção, considera-se que está implícito nas cláusulas dos contratos.

O segredo bancário é explicado por alguma doutrina como sendo uma vertente do segredo profissional, ou seja, o banqueiro está impedido de divulgar informações acerca da clientela que tenham chegado ao seu conhecimento por motivos profissionais. Em França, o segredo bancário para além de estar previsto na lei, é também considerado uma variante do segredo profissional. Isto resultava do artigo 57.º da Lei Bancária de 1984¹⁰ modificado pelo artigo L. 511-33 do Código Monetário e Financeiro referente ao segredo profissional¹¹.

⁹ GOMES, Noel, cit., págs. 20 a 24; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Sigilo Bancário e Privacidade*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2005, págs. 57 a 65; AZEVEDO, Maria Eduarda, cit., págs. 8 a 11; CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., págs. 176 a 178.

¹⁰ Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou

O fundamento do segredo bancário, se estiver previsto na lei, é de base legal e essa previsão legal tanto pode ser expressa como tácita, podendo surgir da “articulação de um conjunto de normas que, implicitamente, encerram a disciplina daquele dever de discrição”¹². A Suíça consagra o segredo bancário em vários preceitos, assim como o Luxemburgo, a França, o Brasil e Portugal.

Alguns autores sustentam também que o sigilo pode ser fundamentado na Constituição, que o preveja de forma explícita ou implícita. Os autores que consideram que o fundamento do sigilo bancário é constitucional apoiam-se no direito à intimidade do cidadão, portanto, a divulgação de informações seria violadora da intimidade dos clientes. Mas a questão da protecção constitucional do segredo bancário através da protecção do direito à intimidade tem a ver, não com o fundamento do segredo bancário, mas com os valores protegidos por este¹³.

No ordenamento jurídico português, o sigilo bancário está consagrado na lei (art.º 78º RGICSF), o que, parafraseando Menezes Cordeiro¹⁴, “parece deixá-lo à mercê do legislador”. Mas, este instituto fundamenta-se noutras fontes para além da lei, que o Estado se encontra obrigado a respeitar. É este o caso dos contratos celebrados entre o banco e o cliente que estabelecem, implícita ou explicitamente, o segredo bancário – esta solução decorre da CRP, desde logo, do direito à propriedade (art.º 62º, 1), pois os contratos são propriedade privada que o Estado tem de respeitar; do direito à iniciativa privada (art.º 80º, c)); e no direito à não intervenção na gestão das empresas (art.º 86º, 2). Depois, tendo em conta que o sigilo bancário tem como função proteger direitos fundamentais (como o direito, previsto no art.º 26º, 1 CRP, à reserva da intimidade da vida privada e familiar), garantidos constitucionalmente, o Estado, na medida em que se encontra vinculado ao respeito e garantia dos mesmos, também o está em relação ao segredo bancário¹⁵. E, uma vez que as informações cobertas pelo segredo bancário são

qui est employé par celui-ci, est tenu au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du code penal.

¹¹ Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employé par celui-ci, est tenu au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L. 571-4. Outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à la commission bancaire, ni à la Banque de France, ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale.

¹² GOMES, Noel, cit., pág. 23.

¹³ Vide *infra*, págs. 9 e 45.

¹⁴ *Manual de Direito Bancário*, (...), pág. 257.

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de Direito Bancário*, (...), pág. 257 e 258.

aquelas de que o banqueiro tome conhecimento por meio do exercício da profissão, este dever é ainda uma vertente do dever de segredo profissional.

Assim, são vários os fundamentos do sigilo bancário em Portugal que justificam a obrigatoriedade do seu respeito e garantia por parte do Estado, ao qual, num sentido negativo, é vedado quebrá-lo sem que haja motivos de interesse público que o justifiquem (seja através de leis que estabeleçam o seu levantamento, através do exercício da competência administrativa, máxime da administração fiscal, ou da função jurisdicional) e, num sentido positivo, é obrigado a garantir o segredo bancário, previamente, através da elaboração de leis que o prevejam ou, num momento posterior, através da responsabilização dos infractores.

1.2. VALORES PROTEGIDOS PELO SEGREDO BANCÁRIO

O objectivo da protecção do sigilo bancário é a salvaguarda de interesses de variada natureza: coexistem na protecção do segredo bancário a salvaguarda de interesses privados – do cliente e do banco – e interesses públicos.

É comumente aceite pela doutrina e jurisprudência¹⁶ que a protecção do sigilo bancário, no que se refere aos interesses privados do cliente, se prende com a protecção do direito à intimidade, entre outros direitos, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art.º 26º CRP), à propriedade – quanto aos contratos celebrados com o banco, uma vez que são propriedade privada que o Estado está vinculado a respeitar (art.º 62º, 1 CRP).

Quanto à protecção constitucional da intimidade cumpre questionar, como refere Noel Gomes¹⁷, se essa protecção “se restringe a dados estritamente pessoais ou, se, porventura, é de conteúdo mais vasto, nele figurando mesmo outros dados, designadamente os que sejam relativos à situação económica e patrimonial do indivíduo”. A protecção ou não do segredo bancário a nível constitucional depende da resposta a esta pergunta, questão que será analisada mais adiante neste trabalho¹⁸.

¹⁶ Acórdão TC n.º 278/95.

¹⁷ Cit., pág. 88.

¹⁸ Vide *infra*, págs. 44 a 49.

Da perspectiva das instituições bancárias, há um interesse em manter o segredo bancário para que estas possam captar a confiança dos clientes. Está em causa o direito ao bom nome e reputação da instituição bancária, o direito à não intervenção na gestão das empresas (art.º 86º, 2 CRP), o direito à iniciativa privada (art.º 80º, c) CRP) e o direito à propriedade (art.º 62º, 1 CRP).

A defesa dos interesses públicos, assegurada pela protecção do segredo bancário, prende-se com a confiança no funcionamento do sistema financeiro e, assim, na captação de capitais e na sua respectiva manutenção dentro de um determinado ordenamento jurídico. São portanto motivos de ordem económica¹⁹.

Conclui-se que, segundo as posições dominantes da doutrina e da jurisprudência, coexistem interesses privados e públicos aliados à protecção do segredo bancário. Cabe questionar se algum destes interesses prevalece sobre o outro.

De acordo com Paula Elisabete Henriques Barbosa²⁰, “deste jogo de interesses, resulta um cenário final: a confiança da sociedade (todos potenciais e efectivos clientes) na “infra-estrutura” económica (de que faz parte o sistema bancário), confiança essa que é um valor colectivo a preservar”. Para a autora, o interesse colectivo é o fim último da protecção do sigilo bancário, a protecção dos interesses privados leva à confiança do funcionamento do sistema bancário e, assim, à captação e segurança de capitais num determinado Ordenamento Jurídico, o que contribui para o regular funcionamento da economia. Assim, a defesa de interesses individuais é um instrumento de defesa de interesses públicos.

Em sentido oposto, Noel Gomes²¹, afirma: “não obstante tutelar interesses públicos, terá sido, porventura, a salvaguarda de interesses eminentemente privados que estiveram na origem da afirmação do direito bancário como uma realidade típica dos tempos modernos”. Explica o autor que hodiernamente os bancos se tornaram “verdadeiros depositários de informação pessoal relevante” por isso, torna-se imperativo que essa

¹⁹ Os primeiros [interesses públicos] têm a ver com o regular funcionamento da actividade bancária, o qual pressupõe a existência de um clima generalizado de confiança nas instituições que a exercem (...) A instituição do segredo bancário contribui, assim, juntamente com outros factores, para a criação de um clima de confiança, que se revela de importância fundamental para o correcto e regular funcionamento da actividade creditícia e, em especial, no domínio do incentivo ao aforro – Acórdão TC n.º 278/95.

²⁰ Cit., pág. 7.

²¹ Cit., pág. 72.

informação seja protegida através do segredo bancário e assim abrigar os indivíduos “contra a sociedade, especialmente, de uma sociedade totalitária”²².

Ana Pessoa Pinto²³ recusa uma tomada de posição entre estas duas orientações; para a autora, estes interesses não devem ser vistos como contrapostos mas sim como complementares²⁴ pois, “atribuir predominância ao interesse público ou privado é fazer uma leitura parcial, subjectiva e variável em função do contexto sócio-político do momento”. A autora reconhece que tanto os interesses privados (do cliente e do banco), como os interesses públicos (de salvaguarda do sistema financeiro), são finalidades que, apesar de distintas, são interdependentes.

A questão da prevalência dos interesses colectivos ou individuais não é respondida da mesma forma em todos os ordenamentos jurídicos; alguns países põem o acento tónico na protecção de interesses públicos: isso verifica-se em ordens jurídicas em que existe uma forte protecção do sigilo bancário porquanto, se assim não fosse, a falta de confiança no sistema financeiro conduziria a uma fuga de capitais que no limite se traduziria numa situação de fraco desenvolvimento económico. Noutros países é entendido que a protecção do sigilo bancário, não obstante visar igualmente a defesa de interesses colectivos, primariamente visa a salvaguarda de interesses individuais²⁵.

Apesar de existirem situações em que a protecção de interesses individuais conduz à defesa de interesses colectivos, não se pode aceitar que com o segredo bancário se almeja primariamente defender interesses públicos. Mas também não se pode concluir que são os interesses privados que prevalecem, pois também a defesa de interesses públicos pode conduzir à defesa de interesses privados. A própria defesa do direito à privacidade é um interesse público, na medida em que a sua defesa não é preocupação exclusiva do indivíduo mas de toda a sociedade²⁶ e tanto os interesses públicos como os interesses privados são tutelados pela Constituição. Assim, não se pode afirmar nem que o interesse público prevalece sobre o privado nem o inverso, estes interesses, como defende Ana Pessoa Pinto, são complementares e interdependentes visto que a defesa de uns acarreta a defesa dos outros.

²² RODRIGUES, Anselmo, *Sigilo Bancário e Direito Constitucional*, In: Diogo Leite de Campos (Dir.), *O Sigilo Bancário*, Instituto de Direito Bancário, Edições Cosmos, Lisboa, 1997, págs. 111-114 - pág. 51.

²³ Cit., pág. 238.

²⁴ "Talvez o que realmente importasse fosse viabilizar a complementaridade entre o interesse individual e o interesse público ao invés de os perspectivar como interesses necessariamente opostos" - *Idem*.

²⁵ RODRIGUES, Anselmo, Cit., pág. 54.

²⁶ *Vide infra*, pág. 34, sentido relacional do direito à privacidade.

Interesses públicos e privados convergem na protecção do segredo bancário nas diversas Ordens Jurídicas. É certo que os utilizadores dos serviços prestados pelos bancos não pretendem ver divulgada informação que lhes transmitam, seja ao Estados ou a outros terceiros alheios à relação jurídica – o resultado disso seria a falta de confiança no sistema financeiro e a consequente fuga de capitais para outros países que reconheçam o segredo bancário, o que comportaria consequências negativas tanto para a economia nacional como para os próprios bancos que assim perderiam clientela.

Uma das, se não a principal razão porque os clientes bancários não pretendem que seja divulgada informação a seu respeito de que o banco tem conhecimento, prende-se com a vontade destes de salvaguardar a sua privacidade. Surge então a questão da dignidade constitucional da protecção do segredo bancário que se traduz no entendimento doutrinal de que este é garante do direito à reserva da intimidade da vida privada previsto no art.º 26º CRP, enquanto outra corrente doutrinária defende que o direito ao segredo bancário não cabe na protecção daquele direito.

Esta questão surge igualmente no âmbito do Direito Internacional: sendo que este tutela o direito à privacidade, coloca-se então a questão de saber se por esse facto o DIDH também tutela o sigilo bancário.

Certo é que o direito ao segredo bancário não é um direito absoluto – e o mesmo se diga em relação ao direito à privacidade -, quando em confronto com outros interesses, públicos ou de terceiros, pode sofrer derrogações e aqui, mais uma vez, releva a questão de se considerar que o segredo bancário é um direito fundamental (por ser garante do direito à reserva da intimidade da vida privada) ou não, pois caso se chegue àquela conclusão, as derrogações ao segredo bancário terão que respeitar os requisitos das restrições de direitos fundamentais, assim como os requisitos decorrentes do DIDH.

Não são quaisquer interesses públicos que justificam a quebra do segredo bancário, apenas os interesses públicos gerais, tutelados pela Constituição e pelo Ordenamento Jurídico internacional – são esses interesses apenas que justificam a consagração legal de situações em que pode haver quebra do segredo bancário. Em todo o caso, o titular do direito pode autorizar o banco a divulgar informação sigilosa nas condições que adiante serão analisadas.

O direito à privacidade é, como referido, um Direito Humano. Assim, antes de passar à abordagem deste direito, cumpre fazer uma abordagem dos Direitos Humanos, em jeito de introdução.

2. DIREITOS HUMANOS

2.1. INTRODUÇÃO

Não existe uma definição unânime dos Direitos Humanos. Estes são entendidos de diversas formas pelos vários participantes no discurso internacional dos Direitos Humanos, de acordo com os respectivos contextos culturais. Apesar de haver consenso em relação aos direitos fundamentais, “o significado de Direitos Humanos pode variar dependendo dos factores e interesses político-económicos relevantes em dada sociedade”²⁷. Tendo em conta esta circunstância, a Comissão de Direitos do Homem, encarregue de elaborar a Declaração Universal de Direitos Humanos, que se pretendia que fosse aceite por todos os membros da comunidade internacional apesar das características culturais, económicas e políticas que os diferenciavam²⁸, sob pena de não se chegar a um consenso acerca do conteúdo da Declaração, não apresentou qualquer definição de Direitos Humanos. Também o Comité na UNESCO sobre os princípios filosóficos dos Direitos Humanos deu conta desta situação no seu Relatório para a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas de 31 de Julho de 1947: “O Comité está convencido de que a questão filosófica envolvida numa Declaração Universal dos Direitos do Homem não é a de chegar a um consenso doutrinal mas antes chegar a um acordo quanto aos direitos e também quanto à acção relativa ao cumprimento e defesa dos direitos, que podem ser justificados através de doutrinas altamente divergentes”²⁹.

²⁷ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, *Direitos Humanos – Conceitos, Significado e Funções*, São Paulo: Saraiva Editora, 2010, pág. 217. No mesmo sentido, CABRITA, Isabel, *Direitos Humanos: um Conceito em Movimento*, Almedina, 2011, pág.15: “Os Direitos Humanos são lidos diferentemente nos diversos contextos culturais do mundo” e FERNANDES, Pádua, *Para que servem os Direitos Humanos?*, Angelus Novus Editora, 2009, pág. 25: “ A diversidade cultural na sociedade internacional dificulta a fundamentação desses direitos [humanos]”.

²⁸ CASSESE, Antonio, *International Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2005, pág. 381 “(...) to States as dissimilar ideologically and politically as the USA and the USSR; to nations with such different economical and political structures as the Western countries on the one hand and Ethiopia, Saudi Arabia, and Afghanistan on the other; to countries upholding differing religious philosophies, ranging from Christian (the nations of the West and Latin America), to Muslim (like Saudi Arabia, Afghanistan, Turkey, Pakistan, etc.), Hindu (like India), and Buddhist (like China).”

²⁹ Pág. 4.

Em suma, uma vez que os Direitos do Homem são entendidos de diversos modos nos diversos contextos culturais, ao invés de se apresentar uma definição dos mesmos, mostrou-se uma maior preocupação em reunir consenso quanto aos direitos fundamentais que deveriam constar da DUDH, bem como à sua implementação e garantia. Deste modo, apenas a lista de direitos que consta da Declaração reuniu consenso.

Existem autores que, por entenderem que existe um “insuperável relativismo no plano teórico”³⁰, o que é relevante é a lista de Direitos Humanos e não a construção de uma definição desses direitos³¹. Mas, nem todos partilham do mesmo entendimento e várias definições têm sido apresentadas.

Parte da doutrina define Direitos Humanos como “direitos que cada um tem só por ser humano (ou só por ser homem)”^{32 33}. Os autores que apresentam esta definição apoiam-se no argumento de que os Direitos Humanos são o reflexo da ideologia liberal e da correspondente teoria dos direitos naturais. Para sustentar esta posição baseiam-se no facto de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos apresenta algumas semelhanças com os textos da Declarações de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776 e da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 ao afirmar, por exemplo no artº1 que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, repete aquilo que constava já daquelas Declarações: respectivamente, “todos os homens são criaturas iguais; são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis; entre estes direitos se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade” e “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos”³⁴. Igualmente no preâmbulo da Declaração Universal podem encontrar-se alguns elementos que levam a concluir que esta reflecte a ideologia liberal do séc. XVIII, como a referência à dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade entre os homens, a

³⁰ CABRITA, Isabel, cit., pág. 23.

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*, pág. 31.

³³ Segundo Antonio Enrique Perez Luño (*Derechos Humanos, Estado de Derecho e Constituicion*, Octava Edicion, Tecnos Editora, Madrid, 2003, pág. 25), trata-se de uma definição tautológica visto que não traz nenhum elemento novo que permita caracterizar esses direitos. No mesmo sentido OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, cit. pág. 205: “Em alguns estudos a expressão «Direitos Humanos» representa uma tautologia ou vício de locução, já que não há direitos que não pertencem aos homens (seres humanos) e vice-versa”.

³⁴ CABRITA, Isabel, cit., págs. 28 a 30.

inalienabilidade dos direitos e a obrigação de protecção dos direitos por parte dos Estados^{35 36}.

Outra parte da doutrina define os Direitos Humanos como “prerrogativas morais dos indivíduos, independentemente da sua condição política, étnica, religiosa ou social”³⁷. Trata-se de uma definição formal pois “não especifica o conteúdo dos direitos, limitando-se a indicar o seu estágio desejado ou proposto”³⁸. Isto é, apenas refere que se trata de prerrogativas morais mas não desenvolve o que se deve entender por prerrogativas morais e refere que todos os homens, individualmente e em condições de igualdade, são titulares desses direitos.

Para se entender o que se quer significar com a expressão “Direitos Humanos” é necessário analisar o significado das palavras “direitos” e “humanos”.

Direitos³⁹ são “faculdades de agir que um indivíduo tem perante a sociedade em que vive”⁴⁰. Essencial à definição de direito subjectivo é a ideia de liberdade no sentido de aproveitamento das “vantagens precisas, relacionadas com a afectação de bens, que, assim, ficam na disponibilidade de actuação do sujeito”⁴¹. O titular do direito subjectivo tem a liberdade de escolher se quer exercer e como, ou se não quer exercer o direito de que é titular numa concreta situação, sendo que, no primeiro caso, o sujeito passivo se encontra obrigado a cumprir o correspondente dever; caso o titular do direito decida não o exercer ou exercê-lo negativamente, liberta o sujeito passivo do cumprimento do dever correspondente. Ter um direito significa que algo é devido ao sujeito seu titular e

³⁵ *Idem*, págs. 30 e 31.

³⁶ No mesmo sentido GUERRA MARTINS, Ana Maria, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, pág. 94: “A ideia de que existem uma série de direitos, que pertencem ao ser humano pelo simples facto de o ser, direitos esses que são inerentes à sua natureza, vai dominar as primeiras Declarações de direitos nacionais (...). As bases e as raízes filosóficas mais profundas da proclamação internacional dos Direitos Humanos coincidem com as das proclamações nacionais”

³⁷ MENDES MACHADO, Jónatas Eduardo, *Direito Internacional – do Paradigma Clássico ao Pós 11 de Setembro*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2004, pág. 318.

³⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, cit. Pág. 25 e OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, cit., pág. 217.

³⁹ “No que respeita ao significado de «direito», ele está intimamente ligado à cultura. No quadro ocidental se expressa pelo termo *jus* (...)” que tem como significado a “acção de ditar normas de acordo com o valor de justiça. No entanto, verificamos que para o hinduísmo o direito é uma exigência individual, não natural que está conectada com o dharma. Além disso, no Extremo Oriente, especialmente no Japão, não existiu um conceito de direito até ao final do séc. XIX, no período Meiji, pois tradicionalmente sua exigência era entendida como um confronto com a força e a decência”, OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, cit., pág. 207.

⁴⁰ CABRITA, Isabel, cit., pág. 32.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, 3ª Edição, Almedina, 2005.

que essa prestação que lhe é devida deriva do valor de justiça, ou seja, negativamente, se o sujeito passivo negar o direito ao seu titular está a ser injusto para com este⁴².

Não se deve confundir os direitos com “os valores ou aspirações que lhe são subjacentes, como por exemplo, a vida, a liberdade ou a segurança, nem com o gozo do objecto do direito”⁴³. Os Direitos Humanos têm como função proteger e garantir o gozo de determinados valores, esses valores não são, em si, direitos. E a titularidade de um direito, por exemplo, o direito à privacidade, não se confunde com o gozo do objecto desse direito, ou seja, com a efectiva preservação da vida privada do sujeito. Podem surgir situações em que, apesar de o indivíduo ser titular do direito não tem o gozo efectivo do objecto desse direito, inversamente, ao indivíduo pode ser atribuído o gozo do objecto de um direito, mas esse direito não lhe é reconhecido pela ordem jurídica⁴⁴.

A expressão “humano” pressupõe individualidade. Segundo a concepção kantiana da pessoa humana o ser humano é *um fim em si mesmo*: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como um meio”. Por isso, e em primeiro lugar, pode concluir-se que os Direitos do Homem pertencem a todos os seres humanos individualmente considerados, independentemente de qualquer característica que os diferencie uns dos outros, portanto sem qualquer tipo de discriminação. Os Direitos Humanos são universais. Estes direitos são inerentes à qualidade de ser humano e não dependem de atribuição ou reconhecimento pela ordem jurídica. Sendo inerentes a todos os seres humanos são inalienáveis, não sendo lícito aos seus titulares dispor deles. Ao Estado, que é o sujeito passivo da relação jurídica estabelecida com o sujeito beneficiário dos Direitos Humanos, o sujeito activo⁴⁵, também não é lícito limitar o gozo dos Direitos Humanos excepto se as circunstâncias assim o exigirem e desde que se respeitem determinados requisitos.

⁴² *Idem*, págs. 32 a 35.

⁴³ *Idem*, pág.33.

⁴⁴ “Um regime autoritário (v.g., ditadura paternalista) ou mesmo um regime totalitário (v.g., comunismo, fascismo) pode garantir a *substância* de certos direitos (v.g., a subsistência, a educação) mas não garante os direitos humanos (v.g., direito à subsistência, direito à liberdade de educação)” CABRITA, Isabel, cit., pág. 33.

⁴⁵ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 84.

2.2. FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Nem a Declaração Universal dos Direitos do Homem nem os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Económicos Sociais e Culturais referem explicitamente qual o fundamento dos Direitos Humanos. No entanto, dos preâmbulos destes diplomas pode retirar-se a conclusão de que esse fundamento é a dignidade da pessoa humana. Assim, pode ler-se no preâmbulo e no art.º 1 da DUDH, respectivamente: “*Considerando* que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” e “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos” e nos preâmbulos dos Pactos Internacionais de Direitos: “ (...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no Mundo” e “ (...) estes direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana”⁴⁶. A função dos Direitos Humanos é proteger a dignidade da pessoa humana⁴⁷, consequentemente a dignidade inerente à pessoa humana é o fundamento ou o valor que justifica a consagração e protecção dos Direitos Humanos.

Como já foi referido, segundo a concepção kantiana da pessoa humana, o ser humano deve ser visto como *um fim em si mesmo* e não como um meio para atingir outros fins, isto implica que cada indivíduo tem autonomia para fazer opções quanto ao modo como decide viver a sua vida. Para Kant, é precisamente nesta autonomia, inerente ao ser humano, individualmente considerado, que consiste a dignidade da pessoa humana: “Autonomia é pois o fundamento da dignidade da pessoa humana”. O homem, uma “realidade singular e irrepetível”⁴⁸, deve, pois, poder “realizar-se igualitária, livre e solidariamente junto dos demais seres humanos”⁴⁹. Daqui decorre que o Estado se encontra ao serviço dos indivíduos, tendo como função garantir os Direitos Humanos, isto significa que, para além de não lhe ser lícito interferir no modo de actuação do indivíduo, na sua autonomia, tem ainda o dever de proteger o indivíduo contra

⁴⁶ “O valor fundamental, que perpassa os instrumentos nacionais e internacionais relativos aos Direitos Humanos, é o da dignidade inerente à pessoa humana” GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 94.

⁴⁷ “ (...) os Direitos Humanos não são fins em si próprios mas meios para realizar a dignidade humana” CABRITA, Isabel, cit., pág. 50.

⁴⁸ MOCO, Marcolino, *Direito Humanos e Seus Mecanismos de Protecção – as Particularidades do Sistema Africano*, Almedina, 2010, pág.53.

⁴⁹ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, cit., pág. 219.

interferências de terceiros. Os Direitos do Homem são, deste modo, o instrumento de que o indivíduo dispõe para evitar interferências de terceiros na sua esfera de autonomia, logo na sua dignidade.

A dignidade da pessoa humana concretiza-se noutros valores, a saber: justiça, vida, liberdade, igualdade, solidariedade e segurança⁵⁰.

O valor *justiça* determina que “a cada pessoa seja atribuído e garantido o que lhe cabe, o que lhe corresponde por sua especial dignidade”⁵¹. Segundo a teoria da justiça de John Rawls, as desigualdades económicas e sociais são admitidas desde que todos tenham tido a oportunidade de aceder a cargos e funções sociais em condições de igualdade; ou que resultem em benefício para os mais desfavorecidos⁵².

O valor *vida* pode ser visto de uma perspectiva biológica, que é comum a todos os seres vivos e de uma perspectiva “racional, social, histórica, espiritual, etc.”⁵³, que é uma característica própria do ser humano, este é *dotado de razão e consciência* (art.º 1, DUDH). Os outros valores como a segurança, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, são uma concretização desta segunda perspectiva do valor vida⁵⁴.

O valor *liberdade* é analisado de uma perspectiva positiva, que se traduz na autonomia do indivíduo de “agir conforme lhe dita a sua consciência”⁵⁵ – o indivíduo tem o poder de fazer as suas próprias escolhas como participante na vida social; e de uma perspectiva negativa, que se traduz na ausência de interferência por parte de terceiros na esfera de actuação do indivíduo⁵⁶. Apenas a liberdade dos outros indivíduos e o interesse público – visto que o homem vive em comunidade – podem servir de critério para a limitação da liberdade⁵⁷.

O valor *igualdade* é uma “norma que estabelece um critério para que todas as demais normas se relacionem com os sujeitos”⁵⁸. Pressupõe que os indivíduos sejam tratados de

⁵⁰ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocalano, cit., pág. 221.

⁵¹ *Idem.*

⁵² CARDOSO ROSAS, João, *A Universalidade dos Direitos do Cidadão*, In: *Justiça e Direito*, Braga: Centro de Estudo Humanísticos, Universidade do Minho, 2001, págs. 47-63, pág. 57 e OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocalano, cit., pág. 222.

⁵³ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocalano, cit., pág.222.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ MOCO, Marcolino, cit., pág. 53.

⁵⁶ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocalano, cit., pág. 223.

⁵⁷ MOCO, Marcolino, cit., pág. 53.

⁵⁸ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocalano, cit., pág. 223.

forma igualitária, sem qualquer tipo de discriminação⁵⁹, a menos que um tratamento diferenciado seja necessário para corrigir desigualdades; mas este tratamento desigual não pode exceder a medida da diferença.

O valor *solidariedade* decorre da “natureza social do ser humano”⁶⁰ e traduz-se num sentimento de responsabilidade em relação aos outros indivíduos, mormente os indivíduos mais desfavorecidos. O papel dos Direitos Humanos é orientar os Estados no sentido de este os garantir aos indivíduos mais desfavorecidos. Neste sentido, os Estados têm o dever de adoptar políticas que lhes garantam o gozo desses direitos⁶¹.

O valor *segurança* prende-se com a garantia dos Direitos Humanos, logo com a defesa dos valores que concretizam a dignidade da pessoa humana⁶², através da criação de mecanismos de protecção desses Direitos⁶³.

A dignidade da pessoa humana é um valor absoluto. Isto significa que - nas palavras de Jorge Miranda⁶⁴ - “pode haver ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse”. Mas, precisamente por a dignidade pertencer a todas as pessoas individualmente⁶⁵ consideradas, e tendo em conta que o indivíduo vive numa comunidade – *fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade* (art.º 29,1 DUDH) -, a dignidade de cada um tem que “ser compreendida em relação com as demais”⁶⁶. Isto implica que, uma vez que cada pessoa deve ser vista como fim em si mesma, não se possa admitir que seja utilizada por outros sujeitos como meio para atingir um fim⁶⁷ e que o indivíduo tem deveres para com a comunidade em que se insere⁶⁸.

⁵⁹ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008 - pág. 199: referindo-se ao artº 1 da DUDH afirma: “*Dotados de razão e de consciência – eis o denominador comum a todos os homens em que consiste essa igualdade*”.

⁶⁰ MOCO, Marcolino, cit., pág. 54.

⁶¹ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, cit., pág.224; “Só a solidariedade garante plenamente a dignidade de cada um, em quaisquer circunstâncias da vida”, MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (...), pág. 211.

⁶² OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, cit., pág. 224 e segs.

⁶³ MOCO, Marcolino, cit., pág. 54.

⁶⁴ *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (...), pág. 200.

⁶⁵ “A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta”, MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (...), pág. 199.

⁶⁶ *Idem*, pág. 206.

⁶⁷ *Idem*, pág. 206.

⁶⁸ *Idem*, pág. 207.

2.3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS E PRINCIPAIS CATEGORIAS

Os Direitos Humanos têm como principais características:

i) *indivisibilidade e interdependência*. Apesar de existirem dois Pactos de Direitos Humanos, um para os direitos civis e políticos, outro para os direitos económicos, sociais e culturais⁶⁹ não significa que uns tenham mais ou menos importância que os outros, pelo contrário, estes direitos têm a mesma importância uma vez que os seres humanos têm “necessidades comuns nos campos civil, político, económico, social e cultural”⁷⁰. Para além de terem igual importância, os Direitos Humanos são interdependentes: dependem uns dos outros para ser alcançados, não podendo ser confrontados isoladamente. É impensável assegurar os direitos civis e políticos sem se assegurar os direitos económicos, sociais e culturais. Estas características têm sido reafirmadas pelas Nações Unidas em vários documentos tais como a Proclamação de Teerão, produto da Conferência Internacional sobre Direitos Humanos realizada em Teerão, de 22 de Abril a 13 de Maio de 1968⁷¹ e a Declaração e Programa de Acção de Viena, no âmbito da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos realizada em Viena de 14 a 25 de Junho de 1993^{72 73}.

⁶⁹“Preferiu-se desdobrar a regulamentação por dois textos, em vez de a concentrar num só. Independentemente da diversidade de categorias, esteve a isso subjacente uma forte razão pragmática: tornar mais fácil ou mais maleável a vinculação dos Estados, supondo-se que, relativamente aos direitos com estrutura de direitos, liberdades e garantias, poderia haver uma mais rápida efectividade, ao passo que a dos direitos sociais estaria dependente dos grau de desenvolvimento económico de cada país”, MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Internacional Público*, 3ª Edição, Princípia, 2006, pág. 302.

⁷⁰ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, cit., pág. 234.

⁷¹ “Uma vez que os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis, é impossível a plena realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos económicos, sociais e culturais. O alcançar de um progresso duradouro na realização dos direitos humanos depende de políticas de desenvolvimento económico e social acertadas e eficazes, a nível nacional e internacional”.

⁷² “Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, económicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais”.

⁷³ Apontando para uma importância ilusória deste princípio, MELO ALEXANDRINO, José, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2ª Edição, Princípia Editora, 2011, pág. 229: “O princípio da indivisibilidade dos Direitos Humanos tem razão de ser no plano moral e político, mas escassa utilidade no plano jurídico (...) «quando delas se esperem consequências jurídicas relevantes, são erróneas e ilusórias as concepções que reclamem uma “importância igual” para todos os direitos do homem, (1) não só por iludirem a diferente gravidade dos males a combater e a diferente urgência das necessidades a atender, (2) como por atingirem a ordem de prioridades determinadas no plano moral e decididas no plano político, (3) como ainda por se furtarem à correspondente responsabilização dos resultados obtidos»”.

Dos preâmbulos do PIDCP (par. 3) e do PIDESC (par. 4), assim como da CADH (par. 4), também se retira esta ideia de indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos: nestes é mencionada a importância que a garantia tanto dos direitos civis e políticos como dos direitos económicos, sociais e culturais tem para a realização do “ideal dos ser humano livre, isento do temor e da miséria”, ideal que constitui “a mais alta inspiração do homem” (par. 2 preâmbulo DUDH). Também no preâmbulo da CADHP são referidas estas características dos Direitos Humanos (par. 8): “Convencidos de que, de futuro, é essencial dedicar uma particular atenção ao direito ao desenvolvimento; que os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos económicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos”.

ii) *universalidade*. Os Direitos Humanos resultam da universalização dos direitos fundamentais dos cidadãos, consagrados a nível interno pelos Estados e que passaram a ser tratados ao nível internacional⁷⁴, sendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos o instrumento internacional que assinala este facto. Dizer que os Direitos Humanos são universais significa que pertencem a todos os seres humanos em condições de igualdade, visto que a dignidade é um valor inerente a todos os indivíduos.

Esta característica é mencionada na Declaração e Programa de Acção de Viena, de 1993, mas a sua aceitação não foi unânime. Durante a Conferência surgiram duas teses: aos universalistas contrapunham-se os defensores da tese do relativismo cultural. Para os países que defendiam o carácter universal dos Direitos Humanos - os países ocidentais -, as regras de Direitos do Homem deviam ser as mesmas em todo o lado⁷⁵; para os países que defendiam o relativismo cultural, nomeadamente a China, os países árabes e os países africanos, as regras de Direitos Humanos deveriam ser diferentes de acordo com o contexto cultural⁷⁶. O princípio da universalidade acabou por ser consagrado nessa Declaração, tendo sido feita a ressalva de que se “*deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos*

⁷⁴ “Assim, sob o ponto de vista material, os Direitos Humanos são idênticos aos direitos e liberdades fundamentais do Homem, fundados inicialmente nas teorias do jusnaturalismo e da criação do Estado de Direito, a que se juntam posteriormente as ideias de transnacionalismo e do Estado do bem-estar social” MOCO, Marcolino, cit., pág. 53.

⁷⁵ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 94.

⁷⁶ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, cit., pág. 239; CARDOSO ROSAS, João, cit., pág. 51 “O inimigo teórico da universalidade dos Direitos Humanos é o relativismo cultural”.

antecedentes históricos, culturais e religiosos”. De facto, como afirma Ana Maria Guerra Martins⁷⁷, “é possível conjugar-se a universalidade com a diversidade ou a singularidade dos homens e dos povos”. O que é imperioso é que se mantenha um *standard* mínimo, comum a todos os seres humanos, que tem como limite a sua dignidade^{78 79}.

iii) *inalienabilidade e irrenunciabilidade*. Pelo facto de os Direitos do Homem serem inerentes ao ser humano e concretizadores da sua dignidade, este não pode abdicar nem dispor deles⁸⁰. O exercício negativo é ainda uma forma de exercício legitimada também pela dignidade da pessoa humana e seu inerente valor da liberdade; não significa, por isso, que o titular do direito, ao exercê-lo negativamente, esteja a dele dispor ou a ele renunciar.

Esta situação distingue-se, no entanto, das situações em que o titular dos direitos opta pelo não exercício fáctico, pois é o titular que tem o poder de decidir se pretende agir ou não - os Direitos Humanos não são direitos de exercício obrigatório. É ao titular do direito que cabe a escolha de o exercer, “exigindo o cumprimento do dever correspondente” ou de não o exercer, “libertando, consequentemente, o devedor do cumprimento do dever”⁸¹.

iv) *inviolabilidade*. Os Direitos Humanos, que pressupõem uma relação jurídica de Direito Público⁸² – entre os indivíduos e autoridades públicas -, são invioláveis na medida em que as autoridades públicas não podem desrespeitá-los⁸³, pelo contrário: as autoridades públicas encontram-se vinculadas a garantir esses Direitos. Esta função de protecção e garantia dos Direitos Humanos é, conforme afirmado na Declaração e Programa de Acção de Viena, de 1993, *responsabilidade primeira dos Governos*.

⁷⁷ Cit., pág. 95.

⁷⁸ “Os chamados *standards* mínimos são o patamar ou piso mínimo de direitos sobre o qual não se aceita flexibilizações. (...) Os *standards* seriam como uma fita de borracha na sua capacidade máxima de extensão. Em outras palavras, seriam o máximo de flexibilidade/relativização possível sem que a borracha dos direitos se rompa”, OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocalano, cit., pág. 212.

⁷⁹ Jorge Miranda, referindo-se ao Direito Internacional dos Direitos Humanos: “Um direito correspondente no seu princípio e no seu conjunto a um «mínimo ético», a um mínimo ético universal”, *Curso de Direito Internacional Público* (...), pág. 296.

⁸⁰ “Congénita à essência do homem, não podemos dispor dessa dignidade e nem renunciar a ela”, OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocalano, cit., pág. 231.

⁸¹ CABRITA, Isabel, cit., pág. 32.

⁸² GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 84.

⁸³ “A concepção clássica de Direitos Humanos exclui a relação horizontal entre entidades privadas, mas actualmente certos aspectos desta relação tendem a ser integrados”, GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 84. Assim, não apenas os Estados se encontram vinculados a respeitar os Direitos Humanos mas também os outros indivíduos. No mesmo sentido, OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocalano, cit., pág. 231.

v) *carácter histórico*⁸⁴. Os Direitos Humanos são interpretados de maneira diferente consoante o momento histórico em questão. Este fenómeno ocorre porque, devido a diversos factores, tais como o desenvolvimento tecnológico, o surgimento de novas preocupações, por exemplo, a nível ambiental, resultam em transformações a nível social que requerem uma adaptação, e até surgimento de novos direitos, que melhor se adequem à tarefa de protecção da dignidade da pessoa humana nesse dado momento histórico.

Esta característica explica a existência de diferentes gerações de direitos. Exemplificativo desta situação é o facto de os direitos económicos, sociais e culturais, os direitos de segunda geração, terem vindo a reclamar uma atitude intervencionista dos Estados na tarefa de garantia dos Direitos Humanos, criando para este obrigações de *facere*, prestações que nos direitos de primeira geração, os direitos civis e políticos, não se exigiam do Estado - aquilo que se pretendia era apenas que este não interferisse na esfera de actuação dos indivíduos, visto que se tratava de direitos de liberdade que apenas reclamavam deveres de *non facere* para os Estados.

vi) *não tipicidade*⁸⁵. Decorrente da característica referida anteriormente - o carácter histórico dos Direitos Humanos - esta característica determina que “não existe um elenco concreto e fechado de direitos”⁸⁶. Consoante as necessidades sociais da época em questão, podem surgir novas obrigações para os Estados que não existiam em momento histórico anterior, fazendo surgir na esfera dos indivíduos novos direitos.

As principais classificações de Direitos Humanos são:

i) Direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais. Os primeiros, de inspiração ocidental, exigem dos Estados deveres de abstenção, isto é, são direitos subjectivos de liberdade que limitam a interferência do Estado no seu exercício por parte dos seus titulares; os segundos, de inspiração não ocidental, exigem uma atitude positiva por parte dos Estados para a criação das condições exigidas para que possam ser exercidos pelos seus titulares⁸⁷.

⁸⁴ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, cit., págs. 231 a 233.

⁸⁵ *Idem*, cit., pág. 235 e 336 e FERNANDES, Pádua, cit., pág. 15.

⁸⁶ OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, cit., pág. 235.

⁸⁷ GUERRA MARTINS, Ana Maria, Cit., pág. 85.

ii) Direitos individuais e direitos colectivos. Os primeiros são direitos de exercício individual e os segundos de exercício colectivo, ou seja, só podem ser exercidos em grupo, apesar de ser o indivíduo o titular⁸⁸.

O direito à privacidade, que será seguidamente abordado, fundamenta-se na dignidade da pessoa humana e goza das características dos Direitos Humanos *supra* mencionadas. Enquadra-se na categoria de direitos civis e é um direito individual. Assim, é um direito de liberdade, que limita a interferência do Estado no seu exercício, que se processa de modo individual.

3. DIREITO À PRIVACIDADE EM ESPECIAL

3.1. NOTA HISTÓRICA

Um dos Direitos Humanos previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e noutros instrumentos legais internacionais de Direitos Humanos é o direito à privacidade. Este direito, inicialmente, era reconhecido somente aos membros das classes sociais mais elevadas mas, devido à crescente evolução tecnológica que se foi registando, tornou-se num direito de carácter universal protegido tanto a nível interno como a nível internacional.

A reivindicação da preservação de uma esfera de intimidade do indivíduo é um fenómeno que se liga ao aparecimento e fortalecimento da burguesia. Esta classe social passou a reivindicar privilégios que anteriormente pertenciam apenas à nobreza, tal como a preservação de um espaço exclusivo e excludente⁸⁹, afastado de intervenções do Estado e também de terceiros⁹⁰. Esta circunstância explica-se pela melhoria das condições sociais e económicas da burguesia que lhes permitia, por exemplo, habitar em local diferente do local de trabalho - regalia de que o povo não usufruía por continuar a trabalhar e habitar no mesmo local, revelando-se impossível preservar um espaço íntimo. A intimidade era portanto privilégio de uma classe social - a burguesia.

⁸⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, cit., p.322.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, cit., p.30.

Mas este privilégio era, na época, tratado nos moldes do direito de propriedade: aquilo que se pretendia era salvaguardar um espaço da interferência de terceiros e isso só seria possível se houvesse um espaço físico que permitisse preservar a intimidade.

A origem do direito à privacidade desligada do direito de propriedade⁹¹ surgiu no final do séc. XIX nos Estados Unidos da América, como consequência de um artigo publicado na *Harvard Law Review*, intitulado “*The Right to privacy*”, da autoria dos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis. Neste artigo, os autores defendiam que o indivíduo tem o direito a preservar a sua privacidade e, caso esta seja violada, tem direito a uma indemnização.

A necessidade de protecção da privacidade dos indivíduos prende-se com a evolução tecnológica⁹². Com o desenvolvimento da imprensa facilitou-se a circulação de informação, que chegava a um número cada vez mais elevado de pessoas, facto que poderia pôr em causa a privacidade. Deste modo, a origem do artigo da autoria de Warren e Brandeis foi o facto de a imprensa revelar aspectos da vida privada do primeiro autor e, por este motivo, afirma Perez Luño⁹³, que a causa da sua publicação estava longe de ser altruísta, pelo contrário, aquilo que os autores pretendiam verdadeiramente era proteger a alta burguesia das intromissões da imprensa que nessa época ganhava bastante poder nos Estados Unidos. Mas, deste modo, ficou aberto o caminho para o surgimento de um direito à privacidade de carácter universal.

A doutrina de Warren e Brandeis não teve, no entanto, impacto imediato ao nível da jurisprudência. Em 1902, no caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, em Nova Iorque, o Tribunal indeferiu o pedido de indemnização de uma jovem que accinou uma companhia de moagem e distribuição de farinha pelo facto de esta ter utilizado, para promoção da marca, a sua imagem sem o seu consentimento. O motivo pelo qual o Tribunal indeferiu o pedido de Roberson foi a falta de precedente. Posteriormente, em 1905, na Geórgia, o Tribunal reconheceu um direito à *privacy*, no caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*, que consistia, mais uma vez, na utilização da imagem de um indivíduo para fins publicitários sem o seu consentimento. O Tribunal decidiu neste

⁹¹ GOMES, Noel, cit., pág.75.

⁹² “A intimidade só mereceu a atenção dos homens do Direito quando, nos fins do século passado, começou, muito timidamente a princípio, aquilo a que alguém chamou a revolução da informação”, JANUÁRIO GOMES, Manuel, *O Problema da Salvaguarda da Privacidade Antes e Depois do Computador*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 319, Lisboa, 1982, pág. 8.

⁹³ Cit., pág. 323 e 324.

caso pela condenação no pagamento de uma indemnização por parte da companhia de seguros ao senhor Pavesich.

Com a crescente evolução tecnológica, o direito à privacidade – que inicialmente era caracterizado como um direito de carácter individualista – sofreu também uma evolução no sentido da sua universalização. A protecção deste direito, entendido como um direito natural inerente à pessoa humana, passou a ser visto como garante da preservação da dignidade humana, indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Deste modo, a protecção do direito à privacidade é hoje garantida normativamente tanto a nível internacional e comunitário como a nível interno, através do Direito constitucional, Direito civil, Direito penal e legislação específica sobre a matéria⁹⁴. No entanto, nem toda a informação é tutelada por este direito, importa, portanto, fazer uma delimitação daquilo que cabe no âmbito da privacidade que, por sua vez, é objecto de tutela em diferentes graus, consoante a esfera de protecção em que se insira.

3.2. DELIMITAÇÃO DA PRIVACIDADE

A evolução da sociedade da informação acarreta um maior perigo de violação da vida privada das pessoas. Assiste-se hoje a uma grande facilidade de obtenção de dados pessoais e patrimoniais, assim como do seu armazenamento através de meios informáticos, que facilitam o acesso a tais dados. Essa facilidade de acesso a tais dados pode significar o acesso a informações privadas respeitantes aos indivíduos, informações cujo conhecimento e/ou divulgação por parte de terceiros acarreta a violação da vida privada do sujeito a quem a informação respeita e, por isso, torna-se imperativo que a Ordem Jurídica tutele legalmente a privacidade das pessoas. No entanto, nem todos os dados e informações são objecto de protecção pelo direito à privacidade, pois nem todos se enquadram na vida privada dos indivíduos. Torna-se então necessário delimitar as informações que pertencem ao âmbito da vida privada de modo a apurar qual o objecto de protecção do direito à privacidade.

⁹⁴ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Protecção de Dados e Direito à Privacidade*, In: *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. I, Coimbra Editora, 1999, pág. 241.

Antes de mais, a vida privada distingue-se da vida pública do indivíduo⁹⁵. Mas, conforme sustenta, Paulo Mota Pinto⁹⁶, contrapor a vida privada à vida pública não significa que a primeira seja aquela que decorre em locais privados e esta a que decorre em locais públicos. Pode suceder que episódios da vida privada, objecto de tutela, sucedam em locais públicos e, inversamente, episódios da vida pública tenham lugar em locais privados⁹⁷. Deste modo, apesar de o elemento espacial não ser despreciando, aquilo que distingue a vida pública da vida privada é o facto de a primeira respeitar à vida social e esta à vida particular dos indivíduos⁹⁸.

Também um critério subjectivo, isolado, não é suficiente para delimitar a vida privada. Se é certo que cada um tem a liberdade de escolher aquilo que pretende subtrair do conhecimento de terceiros, que cada um constrói a sua própria noção de privacidade e também que a condição específica das pessoas tem influência na delimitação do conceito de vida privada no caso concreto⁹⁹, não se poderá afirmar que o conceito de vida privada se constrói apenas em função de cada pessoa¹⁰⁰. É importante encontrar um critério geral para que se possa fazer uma delimitação daquilo que é correntemente aceite como pertencente à vida privada ou não. Esse critério geral prende-se com

⁹⁵ JANUÁRIO GOMES, Manuel, cit., pág. 14. No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo III, Almedina, 2004, pág. 205, “Em rigor, a vida privada abrangerá tudo o que não seja público e profissional ou social” e MOTA PINTO, Paulo, *O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada*, In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, pág. 525.

⁹⁶ Cit., pág. 526.

⁹⁷ Segundo AMARAL CABRAL, Rita, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, AAFDL, Lisboa, 1988, pág. 28, “A ocorrência em local público exclui o facto de a intimidade no concernente à intromissão, mas não necessariamente no que toca à divulgação”. Quer a autora significar com isto que episódios que, em princípio se incluíam na vida privada da pessoa, caso ocorram em local público, excluem a responsabilidade de terceiros no que toca à tomada de conhecimento dessas informações (adquiridas de forma legal ou acidental) já não quando essa informação seja ilicitamente divulgada.

⁹⁸ MOTA PINTO, cit., pág. 526; OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar*, Separata da Revista da FDUL, Vol. XLIII – nº1, Coimbra Editora, 2002, pág. 14 e AMARAL CABRAL, Rita, cit., pág. 30.

⁹⁹ Assim, pessoas que beneficiem de uma certa notoriedade, que desempenhem determinado cargo ou que adoptem determinada postura, podem ver a sua esfera privada ser fortemente restringida, sem necessidade do seu consentimento (Nas palavras de JANUÁRIO GOMES, Manuel, trata-se de um “custo da notoriedade”, cit., pág. 16), mas nunca ao ponto de esta desaparecer na totalidade, (MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo III (...), pág. 211; AMARAL CABRAL, Rita, cit., pág. 28: “A intimidade da vida privada existirá sempre, compreendendo as manifestações essenciais do isolamento, isto é, aquelas que não têm relação necessária com a actividade por virtude da qual a pessoa se tornou notória) porquanto se trata de um direito concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana, inerente a todos os indivíduos, e, por isso, inalienável (*Vide supra*, pág. 22).

¹⁰⁰ MOTA PINTO, Paulo, cit., pág. 527.

factores objectivos decorrentes das “valorações sociais correntes sobre a questão, desde que harmonizáveis com os princípios gerais do ordenamento jurídico nesta matéria”¹⁰¹.

Mas, o conceito de vida privada é um conceito mutável: aquilo que se entende como sendo pertencente à vida privada varia de acordo com um critério espacial e temporal. Assim, na determinação do conceito de vida privada têm que se ter em conta factores culturais e temporais que influenciam essas valorações sociais daquilo que generalizadamente se entende como pertencente à vida privada¹⁰².

Portanto, para a delimitação da vida privada serão tidos em conta factores subjectivos, como a liberdade que cada um tem de escolher os dados e factos que pretende manter na sua esfera particular e a condição das pessoas, a par de factores objectivos que se prendem com as valorações sociais feitas sobre a matéria num determinado contexto cultural e temporal.

A doutrina e jurisprudência têm-se socorrido da teoria das esferas para apurar aquilo que é objecto de tutela do direito à privacidade. Esta teoria representa o direito à privacidade através de círculos concêntricos cujo centro se afigura como o núcleo duro de protecção. Esse círculo corresponde à esfera secreta, tratando-se daqueles dados ou factos que em absoluto se pretende subtrair do conhecimento alheio e cuja tutela é absoluta. Segue-se a esfera íntima, que diz respeito à vida familiar e sentimental e cujos factos devem permanecer no âmbito das relações íntimas do titular, sem que para isso seja necessária uma manifestação do indivíduo nesse sentido. Esta esfera goza de uma protecção absoluta, só podendo ser acessível mediante o consentimento do titular¹⁰³. O círculo seguinte equivale à esfera privada, que são as questões que o indivíduo decide partilhar com um número restrito de pessoas e afastar do conhecimento público. Esta esfera é relativamente protegida: em determinadas situações pode ter que ceder em detrimento de outros interesses, nomeadamente públicos. Por fim, surge a esfera pública, que engloba os factos que o indivíduo propositadamente decide divulgar e, portanto, tornar de conhecimento público, ou a que se pode ter acesso sem necessidade de autorização. Apesar disso, só se pode aceder e divulgar essas informações em

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² FIGUEIREDO DIAS, José, *Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes*, In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, pág. 627.

¹⁰³ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo III (...), pág. 200.

determinadas circunstâncias e com determinados objectivos, pois nunca se poderá prejudicar a honra e reputação - a dignidade - da pessoa^{104 105}.

No entanto, esta teoria não fornece, *a priori*, um critério geral delimitador daquilo que pertence à vida privada e a cada uma das esferas em particular. Para além disso, em nenhum dos instrumentos legais internacionais¹⁰⁶ parece ser feita essa distinção entre esferas privada, íntima e secreta. Não significa isto que não se possa encontrar um sentido útil na teoria das esferas; esta revela utilidade num momento posterior, ou seja, apenas após a classificação de um facto ou dado como pertencente à vida privada é que se pode indagar em qual das esferas de protecção é que se inserem¹⁰⁷. Independentemente da esfera em que se enquadre determinada informação, esta é tutelada pelo direito à privacidade (obviamente se excluem os factos que se inserem na esfera pública, pois estes serão tutelados por outros direitos), o facto de beneficiar de uma maior ou menor tutela só pode ser apurado *a posteriori*, quando já se tenha previamente apurado que o facto pertence à vida privada e não à vida pública¹⁰⁸.

Tendo em conta aquilo que se disse acerca da dignidade da pessoa humana¹⁰⁹, parece que este é o melhor critério delimitador da vida privada. Assim, informações cujo conhecimento por terceiros e/ou divulgação não colidam com a dignidade do sujeito, serão informações respeitantes à vida pública¹¹⁰; caso contrário, se o conhecimento por parte de terceiros e/ou a divulgação dessas informações colidir com a dignidade, pertencem ao âmbito da vida privada e, deste modo, são objecto de tutela pelo direito à privacidade.

A inclusão da informação no âmbito de uma das esferas dependerá do grau de violação da dignidade do indivíduo na eventualidade de essa informação chegar ilegalmente ao conhecimento de terceiros; conclusão a que muitas vezes só se pode

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ Mas nesse caso essas informações já não se enquadram no âmbito de protecção do direito à privacidade mas sim de outros direitos como o direito ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra.

¹⁰⁶ *Vide infra*, págs. 42 a 44.

¹⁰⁷ MIRANDA, Jorge/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 290.

¹⁰⁸ Também Paulo Mota Pinto (cit., págs. 524 e 525) refere a incapacidade desta teoria para delimitação do conceito da vida privada.

¹⁰⁹ *Vide supra*, págs. 17 a 19.

¹¹⁰ Apesar de o conhecimento/divulgação dessas informações poder colidir igualmente com a dignidade do sujeito, mas nesse caso por violação de outros direitos como o direito ao bom nome e reputação, à imagem ou à palavra e não do direito à privacidade.

chegar tomando em conta as circunstâncias específicas do caso concreto e a própria condição do sujeito.

Assim, e tendo em conta os critérios subjectivo, social e cultural e temporal acima referidos, que auxiliam na concretização do conceito de vida privada, pode dizer-se, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira – referindo-se ao art.º 26º da CRP - que o critério “deve arrancar dos conceitos de «privacidade» e «dignidade humana», de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea”¹¹¹.

Cabem, por exemplo, no âmbito da vida privada informações relativas ao estado de saúde dos indivíduos, as comunicações (por telefone, carta, correio electrónico ou outros meios de comunicação), informações sobre a identidade (incluindo a identidade étnica) e outros dados pessoais, aspectos relativos à vida sentimental, sexual e doméstica, alguns objectos como o diário pessoal e outros com valor sentimental, a situação financeira e patrimonial, características físicas como deformações, informações sobre actividades profissionais e comerciais, convicções religiosas e políticas, a orientação sexual. O TEDH tem também incluído no âmbito da privacidade aspectos que se relacionam com a liberdade da vida privada e que são objecto de tutela por outros direitos como, por exemplo, a livre disposição do corpo, a liberdade de comunicação, o bem estar físico, a imagem, o nome, a reputação.

3.3. INTERESSES PROTEGIDOS PELO DIREITO À PRIVACIDADE

Paulo Mota Pinto¹¹², chama a atenção para a necessidade de distinção entre os interesses visados pela privacidade doutros interesses. Para este autor, quando se fala de privacidade trata-se de *informações* excluindo-se, deste modo, outros interesses enumerados pelo autor, como a “liberdade de conduzir a própria vida (liberdade da vida privada) a reputação e o bom nome pessoais e a livre fruição (económica ou não) de atributos pessoais como o nome e a identidade pessoais”¹¹³.

¹¹¹ GOMES CANOTILHO, J. J./Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 486.

¹¹² Cit., pág. 506.

¹¹³ *Idem*.

De facto, incluir estes interesses no âmbito da privacidade, seria, conforme defendem alguns autores, alargar demasiado o âmbito do direito à privacidade, sob pena de se correr o risco de o conceito perder utilidade na sua tarefa de protecção do interesse efectivamente tutelado pelo direito em questão¹¹⁴. Nos E.U.A., onde primeiramente foi abordado o direito à privacidade como direito autónomo, por mérito de Samuel Warren e Louis Brandeis¹¹⁵, definido por estes como um *right to be let alone*, existe uma tendência para incluir no âmbito do direito à privacidade a protecção de outros interesses, que são objecto de tutela por outros direitos distintos do deste¹¹⁶. Assim, questões como a proibição do aborto, a eutanásia, práticas homossexuais, entre outras, foram tratadas pelo *Supreme Court* como questões relacionadas com a privacidade e que caem, por isso, no âmbito de protecção do direito à privacidade. Nos países europeus, este *right to be let alone*, é interpretado não no sentido da liberdade da vida privada mas antes num sentido de resguardo de informações¹¹⁷. Assim, o direito à privacidade coexiste com outros direitos que protegem diferentes interesses como sejam a reputação e o bom nome, a imagem, o domicílio, o nome, entre outros.

Os interesses que devem, portanto, ser incluídos no âmbito da *privacy*, são, segundo Paulo Mota Pinto¹¹⁸: o interesse em subtrair-se à atenção dos outros (permanecer no anonimato), em impedir o acesso a si próprio (num sentido físico) e em impedir o conhecimento e/ou a divulgação de informação pessoal.

No entanto, a nível europeu, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu pela aplicação do art.º 8º da CEDH a um leque muito abrangente de situações. Assim, considerou incluídas no âmbito da vida privada não só situações que se prendem com a privacidade das pessoas, mas também com a liberdade da vida privada, assim como com outros interesses como a imagem, a honra e reputação, o nome e a integridade física e moral. Inclui, assim, no âmbito da vida privada, por exemplo, a vida sexual, as conversas telefónicas, o estabelecimento e desenvolvimento de relações com outros

¹¹⁴ “ (...) a «colonização» das liberdades individuais pelo direito à privacidade tende a esvaziar este último e a privá-lo de utilidade na salvaguarda de interesses que inicialmente constituíram o seu objecto”, AMARAL CABRAL, Rita, cit., pág. 23.

¹¹⁵ *Vide supra*, pág. 25.

¹¹⁶ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, José, cit., pág.15, referindo-se à lei civil “ [A privacidade] acaba por absorver em si numerosos direitos que foram autonomizados como direitos de personalidade, de liberdade de domicílio à liberdade de pensamento ou locomoção”.

¹¹⁷ MOTA PINTO, Paulo, cit., pág. 507: “ A ideia de uma «relação zero», como a de um «*right to be let alone*», pode ser sentida num sentido que se reporta à acção do indivíduo, e então estaremos caídos na acepção da liberdade de acção, ou num sentido «informacional» [...] ”.

¹¹⁸ Cit., pág. 508.

indivíduos assim como as actividades profissionais ou negociais desenvolvidas pelas pessoas¹¹⁹.

3.4. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO À PRIVACIDADE

O direito à vida privada enquadra-se na categoria dos direitos civis e políticos e é um direito de exercício individual.

Sendo um Direito Humano, é um direito universal, inerente a todo o ser humano em condições de igualdade, tendo em conta que é uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁰. A sua função é proteger o indivíduo de humilhações e, positivamente, possibilitar o livre desenvolvimento da sua personalidade¹²¹. Assim, “certas informações relativas às pessoas e famílias” que possam “despersonalizar, degradar, desindividualizar os seres humanos”, se chegarem ao conhecimento de terceiros ilegítimamente ou forem divulgadas, colocam o indivíduo numa situação de humilhação e, desta forma, estar-se-á perante a violação do direito à privacidade¹²².

O direito à privacidade é um direito defensivo cuja finalidade é, por um lado, impedir o acesso de terceiros e do Estado à vida privada dos indivíduos e, por outro, impedir que os mesmos divulguem as informações concernentes ao indivíduo de que são detentores¹²³. Convém aqui referir a distinção entre segredo e reserva que Paulo Mota Pinto¹²⁴ faz - a propósito do Direito civil português, cuja epígrafe do art.º 80º do Código Civil é *Direito à reserva da intimidade da vida privada*. Segundo o autor, a diferença entre segredo e reserva é a de que, no primeiro caso, proíbe-se a intromissão de terceiros na vida privada do indivíduo, isto é, proíbe-se a tomada de conhecimento de informações respeitantes à vida privada; já a reserva proíbe a divulgação de informações privadas de que se tenha conhecimento.

Mas pode suceder que essas informações abrangidas pelo segredo cheguem ao conhecimento de terceiros de forma lícita, tal como nos casos de desempenho de uma profissão. Nestas situações, o acesso à informação é lícito mas já a sua divulgação não

¹¹⁹ Por exemplo, Ac. X e Y c. Holanda, par.22; Ac. Klass e outros c. Alemanha, par. 41; Ac. Niemietz c. Alemanha, par. 29.

¹²⁰ Vide *supra*, pág. 21.

¹²¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, cit., pág. 318.

¹²² MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (...), pág. 472.

¹²³ GOMES CANOTILHO, J. J./Vital Moreira, cit., pág. 467.

¹²⁴ Cit., págs. 532 a 538.

será. Assim, dir-se-ia que a *reserva* engloba tanto a intrusão por parte de pessoas não autorizadas a aceder a informações de índole privada, como a divulgação de factos e dados da vida privada; já o *segredo* apenas diz respeito à intromissão na privacidade. Mas, a aplicar-se esta afirmação no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a aceitar-se como correcta, dir-se-ia que, tanto a DUDH como o PIDCP, cuja letra do art.º 12º se refere a “intromissões” e do art.º 17º a “intervenções” respectivamente, só tutelaria o segredo da vida privada. Não é correcto, no entanto, limitar a defesa da vida privada apenas à tutela do segredo, nem foi essa, por certo, a intenção do legislador, sob pena de ficarem de fora situações que são perfeitamente merecedoras de tutela pelo direito à vida privada. Estes artigos têm que ser interpretados como englobando o segredo e a reserva, portanto, proíbe-se tanto a tomada de conhecimento de informação privada por parte de pessoas não autorizadas, como a sua divulgação ilícita. Sendo ilícita a tomada de conhecimento de determinadas informações, por maioria de razão também o será a respectiva divulgação e, mesmo que a tomada de conhecimentos seja lícita, casos existem em que a respectiva divulgação não é.

A doutrina tem concordado que, actualmente, não se pode conceber o direito à privacidade apenas num sentido negativo, de defesa contra ingerências indevidas por parte de terceiros ou do Estado na esfera privada do indivíduo; trata-se também de um direito positivo, no sentido de que o indivíduo tem a faculdade de controlar o acesso, o uso e o destino de informações que lhe respeitam por parte de determinadas entidades¹²⁵. A concepção do direito à privacidade como um direito positivo e não meramente negativo, é fruto da transição do Estado liberal para o Estado social, mais intervencionista¹²⁶. Também o facto de nos inserirmos hoje numa sociedade informatizada, onde são criados bancos de dados com informações respeitantes aos indivíduos guardados por entidades particulares e públicas¹²⁷, resultante do desenvolvimento tecnológico, teve um papel relevante nesta nova compreensão do

¹²⁵ GOMES, Noel, cit., pág. 76.

¹²⁶ *Idem*, pág. 75 “A concepção negativa do direito à intimidade havia de ser profundamente alterada com a transição do Estado liberal – caracterizado pela sua imparcialidade e neutralidade – para o Estado Social, de pendor mais intervencionista, com papel fundamental em matéria de conformação económica e social, e com necessidade de dispor de informação para atingir os fins a que se propõe”.

¹²⁷ FIGUEIREDO DIAS, José, cit., pág. 623.

direito à privacidade¹²⁸. Deste modo, cabe ao indivíduo o “direito de aceder aos dados informatizados, bem como rectificar e apagar dados errados, ilegais ou já sem valor”¹²⁹
130 131

Uma outra característica do direito à privacidade é o sentido relacional. Este direito deixou de ter um sentido exclusivamente individual, próprio do Estado liberal, para passar a ser visto de uma perspectiva colectiva. O direito em questão é entendido actualmente como uma preocupação não apenas do indivíduo, mas de toda a sociedade e isto porque, em primeiro lugar, o homem não vive isolado da sociedade e, depois, porque vivemos numa sociedade da informação em que o acesso e troca de informações são facilitados, facto que inquieta não só o indivíduo isolado, mas também a sociedade no seu todo¹³². E essa preocupação ultrapassa as fronteiras estaduais – pois a informação circula a um nível transnacional e o risco de violação da vida privada verifica-se a esse nível –, daí que a protecção do direito à privacidade seja assegurada pelo DIDH, que o reconhece como um Direito Humano, inerente a todo e qualquer indivíduo, sem discriminação, e que prevê mecanismos de protecção desse direito.

4. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

4.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CARACTERÍSTICAS, DEFINIÇÃO E PRINCIPAIS FONTES

A II Guerra Mundial foi um marco importante na internacionalização da protecção dos direitos fundamentais; antes disso, a protecção desses direitos cabia fundamentalmente aos Estados, ao nível do Direito interno. A vontade e soberania dos Estados e a incapacidade de proteger o indivíduo caracterizavam o Direito Internacional até então¹³³. No entanto, mesmo antes da II Guerra Mundial, registam-se algumas manifestações de protecção internacional da pessoa humana tais como, por exemplo, a

¹²⁸ “As novas características do novo modelo de Estado, articulada com os efeitos de uma sociedade informatizada, reclamaram, desde logo, uma diferente concepção do direito à intimidade que se revelasse mais adequada às necessidades dos nossos dias” GOMES, Noel, cit., pág. 75.

¹²⁹ FIGUEIREDO DIAS, José, cit., pág. 623.

¹³⁰ Na Constituição da República Portuguesa: art.º 35º.

¹³¹ Comentário Geral n.º 16 do Comité dos Direitos Humanos, par. 10.

¹³² FIGUEIREDO DIAS, José, cit., págs. 628 e 629; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, cit., págs. 324 e BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, cit., págs. 42 e 43.

¹³³ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 83.

protecção humanitária, a proibição da escravatura e a liberdade religiosa estipuladas em Tratados e a protecção das minorias e dos trabalhadores no âmbito da SDN¹³⁴.

Mas foi apenas após as atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial, que fizeram despertar a consciência jurídica da Comunidade Internacional para a necessidade de protecção internacional dos Direitos do Homem, que essa protecção surgiu efectivamente e a um ritmo acelerado¹³⁵. Ao contrário do que até aí sucedeu, a protecção internacional do indivíduo deixou de ser feita (ou apenas feita) considerado este como membro de um grupo ou pertencente a uma minoria, por exemplo - essa protecção passou a ser feita considerado o indivíduo como um ser humano individual¹³⁶. Foi neste período que o Direito Internacional dos Direitos Humanos surgiu, como consequência do reconhecimento da subjectividade internacional do indivíduo¹³⁷ e do reconhecimento da necessidade de cooperação entre os Estados soberanos para a sua efectiva protecção, caracterizado por ter mecanismos de protecção e controlo autónomos dos Estados¹³⁸. Para isso contribuiu o aparecimento da Organização das Nações Unidas que marca a efectiva internacionalização dos direitos fundamentais¹³⁹ e cujo objectivo de manutenção da paz e da segurança internacionais se consegue, defendem, através da protecção dos Direitos Humanos¹⁴⁰.

A preocupação das Nações Unidas com a problemática dos Direitos Humanos está patente, desde logo, no preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Logo do primeiro parágrafo se retira a ideia de que a defesa destes direitos se consegue através da manutenção da paz, pois as situações de guerra resultam na violação dos Direitos Humanos, principalmente do direito à vida¹⁴¹ ¹⁴². Esta preocupação é ainda mais evidente no segundo parágrafo do preâmbulo. Aí se lê: *a reafirmar a nossa fé nos*

¹³⁴ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., págs. 97 a 100 e MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Internacional Público*, (...), pág. 288, CASSESE, Antonio, pág. 376.

¹³⁵ CASSESE, Antonio, pág. 376.

¹³⁶ *Idem*, “Individual were no longer to be taken care of, on the international level, *qua* members of a group, a minority, or another category. They began to be protected *qua* single human beings”.

¹³⁷ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 83.

¹³⁸ MOCO, Marcolino, cit., pág. 58.

¹³⁹ *Idem*, pág. 44.

¹⁴⁰ Como escreveu Jorge Miranda (*Curso de Direito Internacional Público*, (...), pág. 288), “existe um vínculo muito estreito entre a institucionalização da Comunidade Internacional e a protecção internacional dos Direitos do Homem. Só a existência de instituições e órgãos internacionais, com autoridade acatada pelos Estados, abre caminho a uma efectiva garantia dos Direitos do Homem em face desses mesmos Estados.

¹⁴¹ MOCO, Marcolino, cit., pág.44.

¹⁴² *Nós, os povos das Nações Unidas, decididos: a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade.*

direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas.

É portanto a partir deste período pós-guerra que os Direitos Humanos passam a ser reconhecidos pela Comunidade Internacional e se assiste à sua universalização, surgindo um Direito Internacional dos Direitos Humanos com características que o diferenciam do Direito Internacional clássico e que, nalguma medida, o autonomizam deste. Resumidamente, podem apontar-se como traços distintivos do DIDH em relação ao DI clássico os seguintes¹⁴³:

i) *irrelevância do princípio da reciprocidade*. Não se aplica ao DIDH o princípio de que, é lícito a um Estado o não cumprimento de uma norma internacional quando outro Estado a tenha previamente desrespeitado (art.º 60º, 5 CVDT). O princípio da não revogabilidade dos Direitos Humanos¹⁴⁴ prende-se com a “atemporal igualdade e dignidade da pessoa humana” e, assim, aqueles direitos “não podem ser reconhecidos em instrumentos jurídicos revogáveis”¹⁴⁵.

ii) *ausência de exclusividade da competência nacional*. A protecção dos Direitos do Homem só é eficaz se houver uma cooperação entre os Estados na tarefa de protecção do ser humano e se se ultrapassar a exclusividade da competência nacional nessa matéria, como acontecia até à II Guerra Mundial¹⁴⁶.

iii) *a necessidade de ultrapassar o princípio da não ingerência nos assuntos internos*. Para uma eficaz protecção dos Direitos Humanos, o DIDH deve afastar o princípio da não ingerência nos assuntos internos, o que permite o controlo pela Ordem Jurídica internacional do respeito dos Direitos Humanos pelos Estados¹⁴⁷.

¹⁴³ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., págs. 88 e segs.

¹⁴⁴ MOCO, Marcolino, cit., pág. 59.

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ Afirma CASSESE, António, cit., pág. 376, que tradicionalmente aos Estados tinham uma espécie de direito à vida e à morte dos indivíduos seus nacionais, querendo com isto significar que a protecção dos indivíduos era feita apenas a nível interno no Estado de que fossem nacionais e onde vivessem, não podendo os outros Estados interferir (“Traditionally, individuals were under the exclusive jurisdiction of the State of which they were nationals and where they lived. No other State could interfere with the authority of that State, which in a way had a sort of right of life and death over those individuals”).

¹⁴⁷ “Curiosamente, as Organizações Internacionais universais (SDN e ONU) consagraram, no plano do direito positivo, o princípio da não ingerência nos assuntos internos dos Estados (art.º 15º, par. 8 e art.º 2º, nº 7, respectivamente) [...] Porém, [...] o certo é que, tanto sob o ponto de vista jurídico como sobretudo do ponto de vista político, o domínio reservado dos Estados tem-se estreitado cada vez mais. [...] os

iv) a emergência de um princípio de irreversibilidade dos compromissos dos Estados. A norma constante do art.º 56º CVDT não deve ser aplicada nos Tratados sobre Direitos Humanos. Um Estado apenas pode denunciar um Tratado sobre Direitos Humanos caso haja cláusula expressa que o permita.

v) a natureza de *jus cogens* das normas de DIDH. As normas de *jus cogens* são aquelas que não podem ser derogadas de acordo com a vontade dos sujeitos de Direito Internacional a não ser por outras de igual valor. Pressupõem uma hierarquia de normas, ocupando o topo desta, o que significa que normas situadas numa posição hierárquica inferior, que contrariem normas de *jus cogens* serão nulas¹⁴⁸.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 refere-se às normas imperativas de Direito Internacional nos seus artigos 53º, 64º e 71º. Refere que as normas de *jus cogens* pressupõem reconhecimento e aceitação pela comunidade internacional, que possuem força jurídica superior a outras normas, não podendo por estas ser derogadas, a não ser por uma de igual valor e que os Tratados incompatíveis com normas de *jus cogens* são nulos (artº 53º), mesmo que essas normas surjam após a entrada em vigor do Tratado (artº 64º)^{149 150}.

Direitos Humanos, a par das preocupações com a salvaguarda da paz e da segurança internacionais, aparecem como um dos factores fundamentais da redução do domínio reservado dos Estados perante as Nações Unidas e as organizações regionais tutelares dos Direitos Humanos” (MOCO, Marcolino, cit., págs. 61 e 62).

¹⁴⁸ E isto vale tanto para normas de Direito interno como para normas de Direito internacional (GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., págs. 117 e 118).

¹⁴⁹ Da interpretação literal do artigo 53º da CVDT parece poder concluir-se que a atribuição de carácter *jus cogens* às normas de Direito Internacional depende apenas de um elemento subjectivo, ou seja, da vontade manifestada pela Comunidade Internacional nesse sentido. A esta tese subjectivista opõe-se, no entanto outra tese, a objectivista que afasta para segundo plano o elemento subjectivo na tarefa de determinação de quais serão as normas de *jus cogens*, atribuindo maior relevância aos interesses tutelados pelas normas (CORREIA BAPTISTA, Eduardo, *Jus Cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997, págs. 269 e 270). Para além destas duas teses existe uma outra, a denominada tese mista. Para os autores que a defendem, no art.º 53º CVDT encontram-se elementos subjectivos e objectivos. O artigo em análise determina que as normas cogentes carecem de aceitação e reconhecimento por parte dos Estados, o que aponta para a necessidade de um elemento subjectivo; mas da interpretação da norma retira-se também um elemento objectivo, na parte em que é mencionada a necessidade de uma norma derogatória ter o mesmo valor que a norma de *jus cogens*. Conforme refere Eduardo Correia Baptista (cit., pág. 271), aparentemente no art.º 53º CVDT dá-se maior importância ao elemento subjectivista em detrimento do elemento objectivista, mas não se pode interpretar o artigo nesse sentido. A dar-se maior relevância a algum desses elementos terá que ser ao elemento objectivista.

¹⁵⁰ Ao nível das normas de Direito Internacional relativas aos Direitos Humanos, discute-se se todas fazem parte do *jus cogens* ou apenas algumas delas. Ana Maria Guerra Martins (cit., pág. 93) somente considera normas de direito cogente os direitos essenciais da pessoa humana. Jorge Miranda (*Curso de Direito Internacional Público* (...), pág.130) enumera (no que toca aos princípios atinentes à pessoa humana), como princípios de *jus cogens*: o princípio da igualdade e dignidade de todo o ser humano; o princípio da proibição da escravatura, do tráfico de seres humanos e de práticas semelhantes; o princípio da proibição do racismo; o princípio da protecção de vítimas de guerra e conflitos e o princípio da

vi) a *progressiva afirmação da perspectiva universalista do DIDH*. Pelo facto de os Direitos Humanos terem como objectivo a protecção da dignidade e da igualdade de todos os seres humanos, o DIDH tende a reconhecer um mínimo de direitos fundamentais a todos os indivíduos. Esse *standard* mínimo de direitos deve ser reconhecido em condições de igualdade em qualquer civilização¹⁵¹.

Utilizando a definição apresentada por Ana Maria Guerra Martins¹⁵², o Direito Internacional dos Direitos Humanos é “o conjunto de regras jurídicas internacionais, qualquer que seja a fonte de onde emanam, que reconhecem, sem discriminação, aos indivíduos direitos e faculdades que asseguram a liberdade e a dignidade da pessoa humana e que beneficiam de garantias institucionais”. Essas regras têm como objecto as relações que se estabelecem entre os Estados e os indivíduos¹⁵³ - ao contrário do Direito Internacional clássico que regula as relações interestaduais -, assim, o indivíduo é titular de direitos que os Estados e outras entidades públicas, para além de se encontrarem obrigados a respeitar, têm o dever de criar as condições para que aquele possa usufruir de todas as faculdades inerentes a cada um dos direitos¹⁵⁴. As relações que o DIDH regula são, portanto, relações de Direito Público entre o indivíduo e o Estado e demais entidades públicas¹⁵⁵.

garantia dos direitos inderrogáveis que constam do art.º 4º PIDCP. Eduardo Correia Baptista (cit., págs. 396 e segs.) defende que todas as normas sobre Direitos Humanos são normas de *jus cogens*. Explica o autor que as normas de *jus cogens* são normas que impõem obrigações *erga omnes* que, por sua vez, se dividem em imediatas – tutelam interesses directos dos Estados (interesses colectivos) – e mediatas – tutelam interesses indirectos dos Estados (interesses colectivizados). As normas de *jus cogens* são as que tutelam os interesses indirectos, sendo esses interesses os dos indivíduos. Conclui o autor que “hodiernamente, estes são os únicos valores jurídicos fundamentais [os valores humanitários] susceptíveis de justificar a atribuição a cada Estado de um interesse / dever de cumprir e fazer cumprir determinada norma perante cada um dos outros Estados da Comunidade e face a cada indivíduo titular desses direitos” (cit., pág. 396). Argumenta o mesmo autor em favor deste entendimento que, se não se desse o devido valor à vontade destes de cumprir e fazer cumprir as normas sobre Direitos Humanos pela Comunidade Internacional, caso os Estados violassem os direitos dos seus nacionais, estes se encontrariam desprotegidos, pois não poderiam reclamar internacionalmente o respeito dos seus direitos. Mais, para além de uma distinção entre direitos fundamentais e não fundamentais pôr em causa a unidade dos Direitos Humanos (“que só por via interpretativa devem ser hierarquizados”. CORREIA BAPTISTA, Eduardo, cit., pág. 397), a consagração destes direitos a um nível internacional confirma a essencialidade dos mesmos, caso contrário não seria necessário consagrá-los internacionalmente visto já estarem garantidos pelas Ordens Jurídicas nacionais.

¹⁵¹ Acerca da universalidade dos Direitos Humanos *vide supra*, pág. 21.

¹⁵² Cit., pág. 82.

¹⁵³ MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Internacional Público*, (...), pág. 293 e 294.

¹⁵⁴ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 84.

¹⁵⁵ GUERRA MARTINS, Ana Maria (cit., pág. 84) chama a atenção para o facto de, para além destas relações verticais, actualmente certos aspectos das relações horizontais, entre entidades privadas, também se encontrarem sujeitos ao DIDH.

Várias são as fontes de regras jurídicas sobre Direitos Humanos que contêm princípios relativos a estes, reconhecem direitos e prevêm e regulam mecanismos de protecção.

No âmbito das Nações Unidas surgiram instrumentos jurídicos importantes para a tarefa de protecção dos Direitos Humanos onde se preveem princípios de Direitos Humanos, os direitos fundamentais reconhecidos e mecanismos de protecção, que formalizam a preocupação com a defesa dos Direitos do Homem. São instrumentos com um âmbito de efectividade universal e que influenciaram os instrumentos de protecção regional que surgiram posteriormente, no âmbito de sistemas regionais de protecção¹⁵⁶.

O mais relevante desses instrumentos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948. Foi o primeiro catálogo internacional de Direitos Humanos e aí se elencam tanto direitos civis e políticos como direitos económicos sociais e culturais¹⁵⁷, apesar de, como nota Antonio Cassese¹⁵⁸, por a visão geral sobre os Direitos Humanos patente na DUDH ser própria dos países ocidentais, foi dada mais importância aos direitos civis e políticos do que aos direitos económicos, sociais e culturais¹⁵⁹. Mas o valor jurídico-formal desta Declaração não reuniu consenso¹⁶⁰ o que levou as Nações Unidas a criar outros instrumentos jurídicos de protecção vinculativos. Surgiram consequentemente os Pactos das Nações Unidas, um relativo aos direitos civis e políticos – Pacto

¹⁵⁶ MOCO, Marcolino, cit., pág.45.

¹⁵⁷ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 101.

¹⁵⁸ Cit., pág. 381.

¹⁵⁹ “In spite of its limitations, the Declaration was, however, of great importance in stimulating and directing the international promotion of human rights. It formulated *a unitary and universally valid concept of what values all States should cherish within their own domestic orders*. One particular category of States, the socialist countries, did not support it enthusiastically. Yet neither the latter nor developing nations regarded the Declaration as something from which they felt estranged – rather, they looked upon it as a document containing a valid core in need of completion”, CASSESE, Antonio, cit., pág. 381.

¹⁶⁰ No sentido de que a DUDH apenas tem vinculatividade moral: CASSESE, Antonio, cit., pág. 381 “In formal terms, it is not legally binding, but possesses only moral and political force. In other words, it is simply a *recommendation* to States”. No sentido de que a DUDH possui força vinculativa jurídica: CORREIA BAPTISTA, Eduardo, cit., pág. 400 “Uma das primeiras perspectivas à luz da qual pode ser defendido o seu [da DUDH] carácter obrigatório é sustentando que não passou de um texto declarativo de obrigações assumidas pelos Estados Membros nos termos da Carta das Nações Unidas. (...) julga-se que existem bases para defender que esta Declaração constitui, desde o momento da sua aprovação, um instrumento interpretativo das disposições da Carta relativas aos Direitos Humanos, designadamente as que consagram o princípio do respeito dos Direitos Humanos e o compromisso dos Estados em cooperar na sua efectivação (...)”; MOCO, Marcolino, cit., pág. 67 “Na verdade embora a sua natureza meramente declarativa não lhe dê um cariz jurídico-convencional (porque não se trata de um Tratado) podemos dizer que a prática costumeira acabou por conferir-lhe uma faceta jurídica, porque o seu conteúdo passou a ser respeitado por todas as nações e a inspirar a produção de diversos instrumentos convencionais ao nível universal, regional e sectorial ou específico”.

Internacional dos Direitos Civis e Políticos – e outro aos direitos económicos, sociais e culturais – Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais – ambos aprovados por resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas a 16 de Dezembro de 1996 com entrada em vigor em 1976¹⁶¹.

Ao nível dos direitos fundamentais consagrados no PIDCP, este assemelha-se no geral à DUDH¹⁶² mas, para além de apresentar um catálogo de direitos civis e políticos, institui também mecanismos de garantia – assim, previu a criação do Comité dos Direitos Humanos (art.º 28º PIDCP) para assegurar o respeito das obrigações que cabem aos Estados por força do Pacto. Como não havia consenso quanto à aprovação de um único documento devido às divergências ideológicas entre os blocos de Leste e Ocidental¹⁶³, foi elaborado um segundo que prevê os direitos económicos, sociais e culturais - o PIDESC.

Em paralelo com o sistema de protecção universal dos Direitos Humanos, próprio das Nações Unidas, desenvolveram-se sistemas de protecção regional ao nível europeu, americano, africano e dos Estados árabes, resultantes de acção de Organizações Internacionais, respectivamente, do Conselho da Europa e União Europeia, da Organização de Estados Americanos, da União Africana e da Liga dos Estados Árabes. Ao nível regional, a elaboração de instrumentos legais vinculativos foi mais fácil na medida em que, em termos políticos, ideológicos e económicos, os Estados são relativamente homogéneos e, deste modo, torna-se menos difícil reunir consenso quanto ao conteúdo de um instrumento legal sobre Direitos Humanos¹⁶⁴.

A protecção internacional dos Direitos Humanos na Europa, no âmbito do Conselho da Europa, tem como principais fontes a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, aprovada em 1950 e com entrada em vigor em 1953, relativa aos direitos civis e políticos e a Carta Social Europeia, aprovada em 1961 e com entrada em vigor em 1965, relativa aos direitos económicos, sociais e culturais. Ainda no continente europeu, a protecção dos Direitos Humanos é feita no âmbito da União Europeia. Esta Organização

¹⁶¹ MOCO, Marcolino, cit., pág. 46.

¹⁶² À excepção do direito de propriedade, do direito à nacionalidade e do direito de asilo que constam na DUDH mas não no PIDCP.

¹⁶³ “os dois blocos apresentavam profundas divergências, no domínio da protecção internacional dos direitos humanos. Enquanto os Estados do Ocidente aceitavam a personalidade jurídica internacional do indivíduo, os Estados de Leste negavam-na. Os Estados do Ocidente davam primazia aos direitos civis e políticos. Pelo contrário, os Estados de Leste preferiam os direitos económicos, sociais e culturais.”, GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 128.

¹⁶⁴ CASSESE, Antonio, cit., pág. 382.

aprovou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, com entrada em vigor em Dezembro de 2009, em simultâneo com o Tratado de Lisboa e nela estão elencados tanto direitos civis e políticos como direitos económicos, sociais e culturais. A sua inclusão no Tratado de Lisboa confere-lhe força vinculativa. Com este instrumento jurídico visa-se proteger os cidadãos contra actos da União Europeia e dos Estados Membros quando apliquem legislação da União.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, vigora a Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em 1969 e com entrada em vigor em 1978, como principal instrumento de protecção dos Direitos Humanos. A CADH contempla os direitos civis e políticos, os económicos sociais e culturais constam do Protocolo adicional à CADH em matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Protocolo de S. Salvador) de 17 de Novembro de 1988.

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, com entrada em vigor em 1986, é o instrumento jurídico de defesa dos Direitos do Homem de que dispõe a União Africana. Nesta Carta estão previstos direitos subjectivos dos indivíduos mas também direitos dos povos, o que consiste numa inovação em relação aos instrumentos universais e regionais dos outros sistemas que não contemplam estes direitos, considerados por alguns como direitos colectivos e não Direitos Humanos - que se caracterizam pelo seu carácter individual - mas que são entendidos como Direitos Humanos na Carta Africana pois nesta não é feita nenhuma diferenciação¹⁶⁵.

A par destas fontes gerais de Direitos Humanos outras existem de carácter específico que se prendem com domínios como os direitos das mulheres, das crianças, dos trabalhadores, das minorias, etc. e com questões particulares tais como o genocídio, o terrorismo, o trabalho forçado, entre outros que vêm concretizar os princípios e os outros direitos previstos nos instrumentos gerais tais como o a igualdade ou a liberdade e direito à vida e à integridade física, etc. mas que concorrem também para a defesa do fim último de protecção dos Direitos Humanos que é a dignidade da pessoa humana¹⁶⁶.

Resumindo, a par dos sistemas de protecção nacionais de direitos fundamentais, surgiram, após a II Guerra Mundial, sistemas de protecção internacionais de Direitos Humanos – universal e regionais – inerentes ao aparecimento de um DIDH que

¹⁶⁵ MOCO, Marcolino, cit., pág. 50.

¹⁶⁶ *Idem*, pág. 51.

apresenta características que o diferenciam do Direito Internacional clássico. A preocupação de defesa dos Direitos do Homem deixou pois de ser exclusiva dos Estados para passar a pertencer a toda a Comunidade Internacional, o que resultou na elaboração de instrumentos legais jurídicos de protecção dos Direitos Humanos de carácter universal, no âmbito das Nações Unidas e de carácter regional, no âmbito de Organizações Internacionais regionais, onde se preveem os direitos civis e políticos tal como os direitos económicos, sociais e culturais e também mecanismos de protecção e garantia desses direitos.

Em todos estes instrumentos (de direitos civis e políticos) está previsto expressamente o direito à privacidade (excepto na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos na qual, como adiante se verá, o direito está implicitamente consagrado), o que significa que o direito à privacidade é um Direito Humano, de carácter universal, que beneficia de garantias asseguradas pelo DIDH e que todos os Estados se vinculam internacionalmente a respeitar e a fazer respeitar este direito, desde logo através da sua consagração legal, expressa ou implícita, e da previsão de outros direitos e mecanismos de tutela que o garantam. A este propósito, questiona-se se o sigilo bancário é também ele tutelado pelo DIDH (como direito tutelador da privacidade), questão que será abordada seguidamente, após enumeração dos preceitos da legislação internacional que consagram o direito à privacidade e a análise da questão na doutrina e jurisprudência quanto à tutela constitucional do segredo bancário.

4.2. A PROTECÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O direito à privacidade encontra-se consagrado em várias fontes de Direito Internacional de Direitos Humanos que correspondem a diferentes sistemas de protecção internacional dos Direitos do Homem: o sistema universal e vários sistemas regionais – o sistema europeu, o sistema americano e o sistema africano.

Dentro do sistema universal de protecção internacional dos Direitos Humanos, as fontes que consagram o direito à privacidade são a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966. Assim, o direito à privacidade encontra-se previsto no art.º 12º da Declaração Universal

dos Direitos do Homem¹⁶⁷ e no art.º 17º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁶⁸.

Dentro do sistema regional europeu de protecção internacional dos Direitos Humanos, existem dois subsistemas: o do Conselho da Europa e o da União Europeia. A fonte de protecção dos Direitos Humanos – dos direitos civis e políticos - de que dispõe o sistema do Conselho da Europa é a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1953¹⁶⁹, cujo artigo 8º consagra o direito à privacidade¹⁷⁰. No sistema da União Europeia, o artigo que consagra o direito à privacidade é o n.º 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁷¹.

Outro sistema regional de protecção internacional dos Direitos do Homem é o sistema americano cuja fonte legislativa é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O direito à privacidade consta do art.º 11º¹⁷².

Por fim, resta referir o sistema regional de protecção internacional dos Direitos Humanos africano. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos não contém consagração expressa do direito à privacidade. Para isso contribui a concepção própria de Direitos Humanos e da pessoa humana que nos países africanos vigora: conforme refere Marcolino Moco¹⁷³, há uma “relativa diluição do papel do indivíduo nas sociedades tradicionais africanas”. Explica o autor¹⁷⁴ que nos países africanos a concepção de Direitos Humanos diverge da dos países ocidentais, na medida em que naqueles a pessoa humana “não pode considerar-se sujeito individualizado de direitos

¹⁶⁷ “Ninguém sofrerá intromissões na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”.

¹⁶⁸ “1. Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação. 2. Toda e qualquer pessoa tem direito à protecção da lei contra tais intervenções ou tais atentados”.

¹⁶⁹ Os direitos económicos, sociais e culturais estão consagrados na Carta Social Europeia, de 1965.

¹⁷⁰ “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

¹⁷¹ “Respeito pela vida privada e familiar: Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações”.

¹⁷² “1. Toda a pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento da sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objecto de ingerências arbitrárias ou abusivas na sua vida privada, na da sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda a pessoa tem direito à protecção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

¹⁷³ Cit., pág. 162.

¹⁷⁴ *Idem*, págs. 126 a 133.

ou obrigações, e, assim sendo, fica-se longe da concepção jusnaturalista dos Direitos Humanos, que colocam o seu acento tónico no carácter autónomo e individualista do ser humano”^{175 176}.

No entanto, a tutela do direito à privacidade neste sistema de protecção está implícita, pois este direito é uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio que se encontra consagrado no art.º 5º da Carta: “Todo o indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana”. Também no terceiro parágrafo do preâmbulo da Carta da Organização Africana - para o qual remete o terceiro parágrafo da CADHP - é mencionada a importância do respeito por este princípio: “Conscientes do facto de que a liberdade, a igualdade, justiça e dignidade são objectivos essenciais para a conquista das legítimas aspirações dos povos africanos”.

Os instrumentos legais citados não apresentam qualquer definição do direito à privacidade, o que se compreende, tendo em conta que se trata de um conceito mutável, de acordo com o tempo, o espaço e o enquadramento cultural em questão. Por esse motivo, apesar de ser um direito internacionalmente protegido, a sua definição cabe aos Estados, tendo em consideração as respectivas especificidades¹⁷⁷.

4.2.1. PROTECÇÃO DO SEGREDO BANCÁRIO PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS?

Conforme acima se referiu¹⁷⁸, é generalizadamente aceite a tese de que, a nível constitucional, o segredo bancário se prende com a protecção do direito à intimidade (art.º 26, 1 Constituição Portuguesa, art.º 18º, 1 Constituição Espanhola, art.º 5-X Constituição Brasileira) e, deste modo, aquele instituto beneficia de tutela constitucional. Os argumentos apresentados para defesa desta teoria divergem consoante a amplitude que se reconhece ao direito à intimidade.

Assim, para os que defendem uma concepção ampla do direito à intimidade - incluindo neste questões tanto do foro pessoal como patrimonial -, a protecção daquele

¹⁷⁵ *Idem*, pág. 132.

¹⁷⁶ Nas sociedades africanas, a pessoa humana, “ao mesmo tempo que conta com a protecção vertical do Criador, que lhe conferiu uma vida sagrada e perene, deve contar, de uma forma vital e concreta, com a protecção da humanidade contra inúmeros perigos que a espreitam a cada instante, consubstanciados em várias desgraças que culminam, nas mais das vezes, com a morte, que é sempre encarada como uma anormalidade provocada pelas forças do mal.” (*idem*, pág. 132).

¹⁷⁷ *Idem*, cit., págs. 80 e 97 e GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 165.

¹⁷⁸ *Vide supra*, pág. 9.

direito por meio do sigilo bancário é directa. Foi neste sentido que o Tribunal Constitucional português, no Acórdão n.º 278/95, se pronunciou. Nos termos do acórdão: “com o sigilo bancário o legislador pretende, pois, rodear da máxima discrição a vida privada das pessoas, quer no domínio dos negócios, quer dos actos pessoais a eles ligados”, e prossegue: “a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações activas e passivas nela registadas, faz parte do âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no art.º 26º, nº 1, da Constituição, surgindo o sigilo bancário como um instrumento de garantia deste direito”. Assim, para o Tribunal o sigilo bancário beneficia de tutela constitucional. Também o Tribunal Constitucional espanhol, na Sentença n.º 110/1986 de 26 de Novembro, atestou a protecção constitucional do sigilo bancário. No seu entendimento, este integra o âmbito de protecção do art.º 18, 1 da Constituição Espanhola, que prevê a protecção constitucional da intimidade da vida privada. Deste modo, admitiu que também a situação económica e patrimonial do indivíduo são objecto de protecção do direito à intimidade.

Alguma doutrina, porém, apesar de concordar com a teoria de que a defesa do sigilo bancário se enquadra no âmbito de protecção do direito à intimidade, considera que a sua garantia (do sigilo bancário) constitucional é indirecta. Isto é, para os autores que defendem esta concepção, o direito à intimidade apenas tem que ver com aspectos da vida pessoal do indivíduo – direito à intimidade em sentido estrito - mas, como os bancos podem ter acesso a esse tipo de informação de variadas formas¹⁷⁹, a divulgação dessas mesmas informações representaria uma violação do direito à intimidade dos sujeitos.

Mas também em sentido oposto se pronuncia alguma doutrina e jurisprudência, ou seja, no sentido de que a intimidade não é objecto de protecção pelo sigilo bancário¹⁸⁰,

¹⁷⁹ “O que cada um veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os restaurantes que frequenta; as viagens que realiza; como decora a casa; os estudos dos filhos; o volume da sua leitura; as próprias aventuras extra-conjugais, tudo é revelável através de uma consulta perspicaz a partir da sua conta bancária”, LEITE DE CAMPOS, Diogo, cit., pág. 16. No mesmo sentido CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, cit., pág. 177: “As contas bancárias são um espelho e um relatório circunstanciado do mais importante que uma pessoa moderna realiza ao longo da sua vida. Por isso, é, principalmente, no direito à reserva da vida privada que hodiernamente se baseia o sigilo bancário e se procura que o regime deste seja conforme com a natureza de tal direito”.

¹⁸⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira (cit., pág. 468 e 469), consideram indiscutível a inclusão neste direito daquilo que denominam como o “segredo do ser”, já a inclusão do “segredo do ter” (como o sigilo bancário) neste domínio se revela para os autores problemática e isto porque: primeiro, não existe “princípio ou regra constitucional a dar guarida normativa a um «segredo do ter»” (*idem.*, pág. 469) e, depois, porque estes direitos têm que se compatibilizar com outros interesses (como o combate à

portanto, para esta corrente, este não beneficia de tutela constitucional. É esta a posição de Saldanha Sanches¹⁸¹. Conforme refere este autor, há que distinguir a intimidade da vida pessoal e familiar, que beneficia de uma total protecção, e a reserva da vida privada cuja protecção é relativa. Apenas a primeira esfera – da intimidade da vida pessoal e familiar do indivíduo – entra no âmbito de protecção da norma (art.º 26.º, 1 CRP)¹⁸². Nas suas palavras, o “segredo bancário não pode constituir a expressão do imperativo constitucional da protecção da intimidade”, uma vez que a intimidade engloba questões do foro pessoal e não patrimonial¹⁸³. Prossegue o autor afirmando que “a informação que o banco pode obter para a defesa dos seus interesses legítimos não pode ir além da esfera patrimonial do seu cliente: rendimentos, bens possuídos, perspectivas profissionais”, ou seja, a informações do foro íntimo do cliente - as que entram no âmbito de protecção da norma constitucional - o banco não pode ter acesso. Por isso, o segredo bancário apenas protege a vida privada das pessoas, não a intimidade.

Também neste sentido, de exclusão da intimidade do âmbito de protecção da norma constitucional se pronuncia José Maria Pires¹⁸⁴. O autor faz uma distinção entre o dever de reserva previsto na Constituição que abrange todos os sujeitos e o dever de sigilo profissional – no caso o sigilo bancário – que apenas abrange os profissionais da banca. A regulamentação do sigilo bancário apenas diz respeito às relações negociais estabelecidas entre o cliente e o banco e o conhecimentos de factos da vida pessoal respeitantes aos clientes que o banco poderá ter só podem ser adquiridos de forma incidental, nesse caso a protecção dessas informações já se fará ao nível do direito à intimidade previsto no artº26º, 1 CRP¹⁸⁵. As relações protegidas pelo segredo bancário são, assim, as relações negociais entre o banco e o cliente, estas incluem-se na vida

criminalidade organizada, o combate à corrupção e tráfico de influências, à fraude fiscal, ao branqueamento de capitais, ao financiamento do terrorismo, etc. (*idem*).

¹⁸¹ SALDANHA SANCHES, José Luís, *Segredo Bancário e Tributação do Lucro Real*, In: *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, nº 377, Janeiro-Março, 1995, págs. 23-44, pág. 29.

¹⁸² Em sentido contrário, RODRIGUES, Anselmo, cit., pág. 57.

¹⁸³ “este princípio [da intimidade] tem como função consagrar uma zona de reserva pessoal para factos, opções e circunstâncias, que só de forma indirecta e de todo secundária, podem ter aspectos ou reflexos de natureza patrimonial”, cit., pág. 30.

¹⁸⁴ PIRES, José Maria, *O Dever de Segredo na Actividade Bancária*, Coleção Temas de Direito Bancário, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1998, págs. 34 a 37. Para o autor o sigilo bancário é, porém, igualmente de um direito fundamental não previsto na Constituição, é por isso um direito fundamental de natureza análoga (art.º 16º, 1 CRP) que beneficia do mesmo regime dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição (art.º 17º CRP), *idem*, págs. 37 a 39.

¹⁸⁵ “Não pertence, pois, à actividade bancária a devassa da vida privada das pessoas. Só ocasionalmente os factos relativos a tal área de intimidade poderão chegar ao conhecimento dos profissionais bancários em virtude do seu relacionamento negocial com os clientes das instituições. Todavia, quando isto aconteça, os factos que fazem parte desse foro íntimo poderão beneficiar da tutela mais exigente prevista no artº 26º CRP”, *idem*, pág. 36.

privada do indivíduo mas, ao proteger-se estas relações, indirectamente também se protegem as informações pessoais do foro íntimo dos clientes¹⁸⁶.

Ao nível da jurisprudência, também o Tribunal Constitucional italiano, contrariando a posição dos Tribunais Constitucionais português e espanhol, na Sentença n.º 51/1992, de 18 de Fevereiro de 1992, considerou que o sigilo bancário não beneficia de protecção constitucional por este constituir expressão do direito à intimidade e o direito à intimidade apenas abranger questões de natureza pessoal e não de natureza estritamente patrimonial.

Incluir as questões patrimoniais na vida íntima do sujeito seria alargar demasiado o âmbito de protecção do direito à intimidade. Estas questões incluem-se antes no âmbito da vida privada entendidas estas como questões que o indivíduo decida partilhar com um número restrito de pessoas mas não tornar do conhecimento público, na intimidade - que se insere no círculo mais alargado da vida privada mas que é mais fortemente tutelada - apenas se incluem questões pessoais relativas à vida familiar e sentimental. No entanto, seria algo ilusório pensar que os profissionais da banca apenas podem ter conhecimento de informações de cariz patrimonial e não de cariz pessoal pois, seja indirectamente, de forma lícita ou ilícita¹⁸⁷, - através da consulta de documentos relativos às relações negociais estabelecidas com os clientes, como a consulta de movimentos bancários -, ou directamente - através do pedido de informações no contexto de alguns negócios como seja o mútuo bancário -, aqueles podem ter conhecimento de informações do foro pessoal. Assim, quando a consulta de dados patrimoniais possa conduzir ao conhecimento de dados pessoais, que se prendam com questões relativas à vida familiar e sentimental, aqueles devem incluir-se no âmbito da tutela do direito à intimidade; no caso contrário, em que a consulta de informações de natureza patrimonial não implique o acesso a informações pessoais relativas à vida

¹⁸⁶ “O segredo bancário protege directamente o relacionamento negocial entre os clientes e as instituições de crédito, bem como a vida interna destas. São, de facto, aspectos da vida privada, mas não aspectos íntimos dessa vida. Porém, ao proteger e garantir a reserva relativa à organização empresarial das instituições e ao relacionamento negocial destas com os seus clientes fecha a porta, de forma mediata, à revelação dos factos mais íntimos da vida privada e familiar, conhecidos, excepcionalmente e exclusivamente, em razão da profissão do sujeito passivo do segredo”, *idem*, pág. 36.

¹⁸⁷ Cfr. GOMES, Noel, cit., pág. 105: “ (...) as instituições financeiras, sem curar de saber se legitima ou ilegitimamente, são também depositários de dados relativos a aspectos íntimos dos seus clientes, como a saúde ou a composição do agregado familiar, indiscutivelmente incluídos na primeira esfera [esfera pessoal íntima] ”. O autor defende uma concepção ampla do direito à intimidade mas distingue duas esferas às quais correspondem diferentes níveis de protecção: a esfera pessoal - cuja protecção é mais intensa - e a esfera económica - de protecção menos intensa, *idem*, pág.14.

familiar e sentimental, não se incluem já no campo de protecção do direito à intimidade permanecendo antes no campo de protecção da vida privada.

O art.º 26º, 1 CRP não faz distinção quanto à qualidade dos sujeitos obrigados à reserva da intimidade da vida privada, deste modo, a norma tanto abrange o cidadão comum como o profissional, sendo a legislação relativa ao segredo bancário apenas a regulamentação do instituto. O sigilo bancário, no que toca à sua função de protecção da intimidade dos indivíduos, não é, por isso, um direito novo independente do direito estabelecido no art.º 26º CRP.

Ao nível do Direito Internacional dos Direitos Humanos a questão não se coloca nestes termos, e isto por duas ordens de razões: primeiro, porque da letra dos preceitos resulta que se tutela a *vida privada* – incluindo-se nesta, a vida íntima, relativa a questões pessoais familiares e sentimentais e a vida privada, relativa a questões pessoais que o indivíduo partilha com um número restrito de pessoas mas não pretende que sejam de conhecimento público e a questões patrimoniais. Em segundo lugar, O TEDH parece incluir informações relacionadas com dados patrimoniais no âmbito de protecção da norma do art.º 8º CEDH¹⁸⁸.

Ora, se os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a DUDH (art.º 16º, 2 CRP), e esta tutela a vida privada como um todo, então também a Constituição tutela a vida privada, quer se trate de informação pessoal (da vida íntima ou da vida privada) ou patrimonial.

Pelo que foi dito, conclui-se que o propósito do segredo bancário é a protecção da privacidade das pessoas, quer se trate de informação referente à vida pessoal ou patrimonial e que beneficia de protecção constitucional. Todavia, a intensidade da protecção diverge: no que concerne a informações de índole pessoal, que se possa considerar que são abrangidas pela intimidade do indivíduo, a tutela é mais forte; quanto a informações estritamente patrimoniais ou pessoais que permanecem na esfera da vida privada, a tutela será menos intensa.

O segredo bancário beneficia de tutela no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, atendendo ao facto que este direito intenta proteger o direito à

¹⁸⁸ De facto, o TEDH abrange um vasto número de situações no âmbito deste preceito que vão desde a protecção de informações relativas à privacidade dos sujeitos, à protecção da liberdade da vida privada.

privacidade, direito que se encontra previsto nos instrumentos legais internacionais sobre Direitos Humanos. Deste modo, um indivíduo que se sinta lesado no seu direito à privacidade pelo facto de o Estado ter violado o seu direito ao sigilo bancário, beneficia de tutela internacional, podendo recorrer a mecanismos de protecção previstos no DIDH.

Mas apesar de ser um Direito Humano não significa isto que seja um direito ilimitado que deva prevalecer em todas e quaisquer situações. É certo que este direito é garante da dignidade dos indivíduos, que o seu intuito é preservar essa dignidade, mas é igualmente certo que essa dignidade tem que ser confrontada com a dignidade de outros indivíduos, o que se traduz na necessidade de ponderar o interesse dos indivíduos na protecção dos seus direitos com o interesse de terceiros na protecção dos respectivos direitos e da sua dignidade, assim como com os interesses públicos de toda a comunidade, na qual os indivíduos se inserem. Perante este cenário, justifica-se a imposição de limites ao exercício de direitos que, por sua vez, justifica a imposição de restrições ao conteúdo dos mesmos direitos.

5. LIMITES À PROTECÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

Os direitos civis e políticos distinguem-se entre direitos intangíveis e direitos condicionados¹⁸⁹. A diferença entre estas categorias de direitos é que os primeiros, ao contrário dos segundos, não admitem limitações por parte dos Estados. Ana Maria Guerra Martins¹⁹⁰ refere como sendo intangíveis os direitos que se relacionam com a integridade física e moral das pessoas e com a liberdade¹⁹¹, todos os outros direitos que não se enquadrem nessas categorias serão, portanto, direitos condicionados que em determinadas circunstâncias poderão sofrer limitações¹⁹².

¹⁸⁹ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 148 e MOCO, Marcolino, cit., pág. 74.

¹⁹⁰ Cit., pág. 148.

¹⁹¹ *Idem*, “são o direito à vida, o direito a não ser torturado e a não ser submetido a tratamentos desumanos ou degradantes, o direito a não ser tomado como escravo ou como servo e o direito à não retroactividade da lei penal”.

¹⁹² Devido a esta distinção feita entre direitos intangíveis e condicionados, GUERRA MARTINS, Ana Maria (cit., pág. 149) coloca a possibilidade de existência de uma hierarquia de Direitos Humanos e, logo, coloca em questão a efectividade do princípio da indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos proclamado nas Conferências de Teerão, de 1968 e Viena, de 1993 (*Vide supra*, págs. 20 e 21). A esta questão responde a autora que deve ser feita uma distinção entre “as proclamações filosóficas no plano dos valores e o discurso jurídico” e que “do ponto de vista jurídico é uma evidência que nem todos os direitos se situam ao mesmo nível, nem obedecem ao mesmo regime jurídico” (*idem*, pág. 150). Por isso, os direitos civis e políticos intangíveis e os condicionados situam-se em diferentes posições

O direito à privacidade enquadra-se na categoria de direitos civis e políticos condicionados, é um direito que se encontra sujeito a limites. Um limite é “uma norma que, de forma duradoura, exclui directamente âmbitos ou efeitos de protecção ou que é fundamento susceptível de afectar as possibilidades de realização de outras normas de direitos humanos”¹⁹³. O direito à privacidade não é, portanto, um direito absoluto¹⁹⁴ pois, encontra-se limitado por outros interesses legítimos como sejam o interesse público ou os interesses de terceiros.

Esses interesses legítimos carecem igualmente de tutela e, muitas vezes, quando em confronto com o direito à privacidade de um sujeito, prevalecem sobre este. São limites extrínsecos no sentido de se tratar de “limites definidos no confronto com outros direitos ou bens merecedores de tutela”, como são os direitos e liberdades de terceiros e o interesse público¹⁹⁵. Trata-se de normas que “excluem a protecção ou afectam as possibilidades de realização de um direito fundamental”¹⁹⁶.

Quando se fala na prossecução do interesse público há que frisar que se trata de actividades “no interesse público” e não só “do interesse do público”, como, por exemplo, a mera curiosidade¹⁹⁷, no que ao direito à privacidade diz respeito. Assim, trata-se de interesses que se prendem com a satisfação das *justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática*, nos termos da cláusula geral constante do art.º 29º, 2 DUDH. O PIDCP não contém uma cláusula geral semelhante à da DUDH, mas prevê os mesmos limites em alguns preceitos (*vide* artºs 12º,3; 14º,1; 18º, 3; 19º, 3, b); 21º e 22º, 2) e acrescenta outros, como a *segurança nacional* e a *saúde pública*. Também a CEDH não prevê uma cláusula geral mas, à semelhança do PIDCP, prevê tais limites em vários preceitos (*vide* artigos 6º, 1; 8º, 2; 9º,2; 10º, 2 e 11º, 2 e artº 2º, 3 do 4º Protocolo Adicional da CEDH) e refere-se ainda ao *bem-estar económico do país, à integridade territorial e à garantia da autoridade e imparcialidade do poder judicial*.

hierárquicas uma vez que, os primeiros nunca podem sofrer qualquer tipo de limitação, já os segundos podem ser limitados.

¹⁹³ ALEXANDRINO, José de Melo, *O discurso dos direitos*, Coimbra Editora, 2011, pág. 225.

¹⁹⁴ Comentário Geral nº16 do Comité dos Direitos Humanos, par. 7.

¹⁹⁵ MOTA PINTO, Paulo, cit., pág. 560. Estes limites contrapõem-se aos limites intrínsecos ou imanentes que “resultam do próprio objecto e conteúdo do direito em causa” (*idem*), como seja a conformação da própria vida privada, a condição das pessoas ou a natureza do caso.

¹⁹⁶ MELO ALEXANDRINO, José, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2ª Edição, Princípia Editora, 2011, pág. 122.

¹⁹⁷ MOTA PINTO, Paulo, cit., págs. 565 e 566 e PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, cit., pág.252.

O art.º 27º, 2 CADHP impõe limites ao exercício de direitos como: os *direitos de outrem*, a *segurança colectiva*, a *moral* e o *interesse comum*. Em especial, esses limites também se encontram previstos noutros preceitos (artigos 11º e 12º, 2). Igualmente na CADH se preveem limites em diversos preceitos: artigos 12º,3; 13º, 2; 15º; 16º, 2 e 22º, 3.

Quanto à fórmula “justas exigências da moral, da ordem-pública e do bem-estar numa sociedade democrática” constante do nº2 do artº 29º DUDH, elucida Jorge Miranda¹⁹⁸ que a referência a “justas exigências” deve ser interpretada no sentido de as normas que contenham limites aos direitos estarem por sua vez também limitadas por necessidades de justiça. Igualmente se pretende apelar com esta expressão ao princípio da proporcionalidade no sentido de os limites terem que ser adequados, necessários e proporcionados. Por “moral” deve entender-se moral pública por contraposição a uma moral religiosa. Na referência a “ordem pública” (“conjunto de condições externas necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao pleno exercício dos direitos”¹⁹⁹), pretende-se apelar à ordem mencionada no art.º 28º DUDH, isto é, *uma ordem capaz de tornar plenamente efectivos os direitos e as liberdades enunciados na Declaração*, uma ordem apta a garantir efectivamente os Direitos Humanos. O “bem-estar” alude à qualidade de vida das pessoas. E, por fim, com “sociedade democrática” quer-se significar que os limites referidos são os que se prendem com o funcionamento de uma sociedade democrática - apenas contam as exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar “peculiares a uma sociedade democrática”²⁰⁰. Assim, qualquer limitação aos direitos previstos na Declaração que seja contrária à sociedade democrática é inadmissível. Esta conclusão decorre também do art.º 30º da DUDH, onde se dispõe que *nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma actividade ou de praticar algum acto destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados*, ou seja, os Estados não podem impor limites tais ao exercício dos direitos e liberdades que, no limite, possam conduzir à privação desses mesmos direitos e liberdades.

¹⁹⁸ *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, (...), págs. 172 e segs.

¹⁹⁹ *Idem*, págs. 173 e 174.

²⁰⁰ *Idem*, págs. 174 e 175.

Conclui-se, portanto, que os Estados e outras entidades públicas não podem interferir na vida privada dos indivíduos de forma totalmente arbitrária; pelo contrário, algumas limitações se impõem nessas ingerências.

Apesar de, por vezes, o direito à privacidade ter que ceder perante o interesse público, “a reserva da privacidade deve ser considerada a regra e não a exceção”²⁰¹. No caso de conflito entre um interesse privado e interesses públicos impõe-se uma ponderação no caso concreto para determinar qual o interesse que deve prevalecer, de modo a que se opte pela solução mais justa. No caso específico do direito à privacidade, não se pode concluir sempre pela prevalência deste interesse individual ou pela prevalência dos interesses públicos no caso de colisão; a opção, no caso concreto, pela prevalência de um destes interesses estará sempre dependente do momento histórico, da concepção política e cultural e do espaço onde surge esse conflito ²⁰², para além das circunstâncias específicas do seu surgimento.

Assim, não é qualquer interesse público que prevalece, antes de mais este tem que ser considerado um interesse público superior, no sentido de, caso este não predominasse na situação concreta, poderiam resultar daí danos gravíssimos para a comunidade²⁰³. A solução para a tarefa de aferição, no caso concreto, da licitude ou não da ofensa pela imposição de limites, passa pela análise da situação à luz do instituto do abuso de direito, previsto no art.º 334º do CC português²⁰⁴, que deve ser aplicado, com as necessárias adaptações, no âmbito do Direito Internacional, ao art.º 29º, 2 DUDH²⁰⁵. Deste modo, é lícita a ofensa ao direito à privacidade quando a satisfação de interesses públicos, no caso concreto, se mostre mais importante do que a protecção da privacidade, de tal modo que se poderia considerar desproporcionada a prossecução da defesa do direito à privacidade. Por isso, quando se conclua que *a moral, a ordem pública e o bem-estar*, são prevalentes no caso concreto, serão lícitos os limites impostos por estas exigências ao exercício do direito e abusiva a conduta do titular na

²⁰¹ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, cit., pág. 250.

²⁰² GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul, *Anotações Acerca do Direito à Privacidade*, In: Jorge Miranda/Marco António Marques da Silva (Coords.) *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo: Quartier Latin, 2008 - pág. 179.

²⁰³ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, cit., pág. 250.

²⁰⁴ *Idem*, pág. 251.

²⁰⁵ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, (...), págs. 175 e 176.

prossecução da defesa da privacidade, pois existe “um dever de cidadania e solidariedade que sobreleva no caso concreto”²⁰⁶ e que ilegítima o exercício do direito.

No exercício de ponderação dos interesses em conflito, os Estados têm que respeitar alguns parâmetros previstos no Direito Internacional que limitam a sua margem de actuação. Assim, no conflito entre direito à privacidade e interesse público, para além dos factos do caso concreto, terão que ser tidos em conta outros requisitos de natureza jurídica tais como:

i) *previsão legal*. A limitação do direito à privacidade tem que estar prevista na lei, que engloba o Direito escrito e não escrito²⁰⁷. Essa lei tem que ser acessível, previsível, clara e precisa²⁰⁸.

ii) *necessidade numa sociedade democrática*. A restrição terá que respeitar o princípio da proporcionalidade²⁰⁹ nas suas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: a medida deve “responder a um motivo social imperioso ou a motivos pertinentes e suficientes”²¹⁰ (adequação), ou seja, a medida restritiva tem que ser idónea para produzir o fim almejado, “e terá que ser a menos gravosa das disponíveis, no justo equilíbrio entre o interesse público e a vida privada”²¹¹ (necessidade), quer isto significar que, dentre as medidas disponíveis para atingir o fim pretendido, terá que se optar pela que lese em menor medida os interesses do titular do direito, por fim, a medida terá que se mostrar “proporcional ao fim a atingir”²¹² (proporcionalidade em sentido estrito), isto é, no caso concreto e tendo em conta as suas circunstâncias, tem que se chegar a uma justa medida no sentido de o meio utilizado ser proporcional ao fim a atingir no caso concreto.

iii) *fim legítimo*. Só poderão ser tomadas medidas restritivas do direito à privacidade para se alcançar um fim legítimo tais como os “interesses da vida estadual”²¹³: a segurança nacional e o bem-estar económico do país; os interesses da “vida social”

²⁰⁶ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, cit., pág. 251.

²⁰⁷ Comentário Geral nº 16 do Comité dos Direitos Humanos, par. 3; Ac. Klass e outros c. Alemanha, par. 43.

²⁰⁸ CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2010 - pág. 252.

²⁰⁹ Comentário Geral nº 16 do Comité dos Direitos Humanos, par. 4; Ac. Klass e outros c. Alemanha, par. 42.

²¹⁰ CABRAL BARRETO, Ireneu, cit., pág. 253.

²¹¹ *Idem*

²¹² *Idem*

²¹³ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 155.

(idem): a ordem pública, a protecção da saúde e da moral; e, por fim, os interesses (direitos e liberdades) de terceiros²¹⁴.

O cumprimento destes requisitos deve ser sujeito a um controlo, preferencialmente judicial, que ateste que as medidas tomadas não foram arbitrárias ou ilegais²¹⁵ e, caso se conclua pela ilegalidade das interferências, devem ser efectivamente tomadas medidas contra os responsáveis pela violação da privacidade dos sujeitos²¹⁶.

Na Lei Fundamental portuguesa, não existe cláusula geral sobre o exercício de direitos e respectivos limites, mas, por força do art.º 16º, 2 CRP – que manda interpretar e integrar os preceitos constitucionais e legais relativos a direitos fundamentais de harmonia com a DUDH –, aplica-se no Ordenamento Jurídico português o mencionado art.º 29º DUDH²¹⁷. A aplicação da cláusula geral constante do art.º 29º, 2 DUDH na Ordem Jurídica portuguesa não é, no entanto, consensual. Os argumentos apresentados contra essa aplicação passam pela não consagração de uma cláusula geral na nossa Constituição e pela proibição de restrições aos direitos fundamentais não autorizadas pela Constituição, patente no art.º 18º, 2 CRP. Jorge Miranda, defendendo a posição contrária (de aplicação do art.º 29º, 2 DUDH na nossa ordem jurídica), contra-argumenta que o art.º 16º, 2 não se reporta somente a preceitos atributivos de direitos, pode reportar-se também a preceitos limitativos. Do que se trata é de regulamentar o exercício dos direitos fundamentais por via integrativa do art.º 29º, 2 DUDH; depois, o art.º 29º, 2 DUDH deve ser interpretado de acordo com os princípios das Nações Unidas, o que limita a eventual interpretação extensiva e possivelmente distorcida da Constituição pelos órgãos do poder, o que não é possível perante a DUDH (que deve ser interpretada de acordo com os princípios das Nações Unidas); um terceiro argumento é de que o art.º 18º, 2 CRP nada tem a ver com o art.º 29º, 2 DUDH: o primeiro diz respeito a certos direitos e afecta o seu conteúdo, o segundo refere-se a condições gerais que incidem sobre todos os direitos e que têm a ver com o seu exercício – não é nova fonte de restrições de direitos fundamentais – situa-se ao nível da regulamentação (daí a sua referência à lei)²¹⁸.

²¹⁴ Ac. Klass e outros c. Alemanha, par. 48.

²¹⁵ Ac. Klass e outros c. Alemanha, par. 55.

²¹⁶ Comentário Geral nº16 do Comité dos Direitos Humanos, par. 11.

²¹⁷ Neste sentido MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, (...), pág. 171.

²¹⁸ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, (...), págs. 171 e 172.

Mas os limites ao exercício dos direitos justificam as restrições ao seu conteúdo, de modo que as restrições aos direitos, ao defenderem interesses públicos específicos conduzem à defesa dos interesses públicos gerais como a moral, ordem pública, bem estar.

6. RESTRIÇÕES AO DIREITO À PRIVACIDADE PELA QUEBRA DO SEGREDO BANCÁRIO

O segredo bancário, tal como acima se concluiu²¹⁹, é garante do direito à privacidade e, deste modo, está sujeito aos mesmos limites que se impõem a este direito. Ora, esses limites justificam a imposição de restrições ao conteúdo dos direitos e a consequente diminuição do âmbito de protecção destes²²⁰. Assim se passa com as restrições ao segredo bancário, previstas em legislação nacional das várias Ordens Jurídicas nacionais e internacional, que têm como efeito restringir o conteúdo e o âmbito de protecção do direito à privacidade, em nome da protecção de outros interesses legítimos, igualmente merecedores de tutela, como os direitos de terceiros e os interesses públicos. O direito ao segredo bancário é, assim, um direito condicionado – os Estados podem regulamentar o seu exercício²²¹ e estabelecer restrições em situações específicas, quando em colisão com interesses públicos ou outros interesses individuais.

São sobretudo razões de ordem pública que justificam as restrições impostas ao sigilo²²². No que toca à derrogação do segredo bancário por motivos processuais, está em causa o correcto funcionamento da administração da justiça e o combate ao crime de modo a possibilitar a descoberta da verdade; quanto à derrogação por motivos tributários, está em causa a justa tributação e o combate à evasão e fraude fiscais, de modo a que o funcionamento dos serviços públicos não seja prejudicado, visto que o seu correcto funcionamento depende em grande parte das receitas arrecadadas com os

²¹⁹ *Vide supra*, pág. 44 a 49.

²²⁰ Uma restrição é “uma acção normativa que afecta desfavoravelmente o conteúdo ou o efeito de protecção de um direito humano previamente delimitado” (ALEXANDRINO, José de Melo, cit., pág. 225).

²²¹ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 155.

²²² “-no Direito bancário, a garantia do regular funcionamento das instituições bancárias; -na área civil, a devida prossecução da justiça e o dever de colaboração de cada um para alcançar esse desiderato; -na área criminal, o combate ao crime; -no domínio da fiscalidade, a justa tributação e o combate à evasão e fraude fiscais”, (HENRIQUES BARBOSA, Paula Elisabete, *Do Valor do Sigilo – o Sigilo Bancário, sua Evolução, Limites: em Especial o Sigilo Bancário no Domínio Fiscal – a Reforma Fiscal*, Separata da Revista da FDUL, Vol. XLVI – nº2, Coimbra Editora, 2005, págs. 9).

impostos²²³; também o bom funcionamento, equilíbrio e estabilidade do sistema financeiro é um interesse que se visa proteger com a quebra do segredo bancário.

O objectivo do direito à privacidade é proteger o indivíduo das ingerências arbitrárias ou ilegais do Estado e outras entidades públicas. O correspondente dever tem um sentido negativo e um sentido positivo²²⁴. Num sentido negativo, os poderes públicos devem abster-se de interferir arbitrária ou ilegalmente na vida privada dos indivíduos²²⁵. Num sentido positivo, os poderes públicos têm o dever de tomar medidas, legislativas ou de outra natureza²²⁶, de modo a garantir a efectividade do respeito deste direito. Apesar de poderem ser controladas por órgãos internacionais, cabe aos Estados decidir quais as medidas a adoptar²²⁷, harmonizando, em qualquer caso, os interesses públicos e os do indivíduo^{228 229}.

O exercício do direito ao segredo bancário (logo, do direito à privacidade) encontra-se limitado por outros interesses legítimos igualmente dignos de tutela, que se repute, no caso concreto, superiores. Mas os Estados não podem interferir na vida privada dos indivíduos de forma ilegal e arbitrária, algumas limitações se impõem a essas ingerências. Assim, apesar de os Estados poderem adoptar medidas restritivas do conteúdo do direito à privacidade, cujo objectivo será dar concretização aos limites impostos por outros interesses legítimos, têm de cumprir, em todo o caso, os requisitos que se impõem a esses limites. A legitimidade das restrições impostas ao direito ao segredo bancário depende, pois, de estas se encontrarem previstas na lei, terem como objectivo a prossecução de um fim legítimo e respeitarem o princípio da proporcionalidade. A possibilidade de restrição dos direitos fundamentais está patente no art.º 18º, 2 CRP e aí se preveem esses requisitos: 1) previsão legal: não podem estabelecer-se restrições aos direitos fundamentais que não estejam previstas em lei – princípio da reserva de lei – e essa lei tem que ser parlamentar ou um decreto autorizado, tendo em conta o princípio de reserva material de lei que decorre do art.º 165º, 1, b) CRP; portanto, não se pode estabelecer restrições aos direitos fundamentais

²²³ HENRIQUES BARBOSA, Paula Elisabete, cit., pág. 16.

²²⁴ *Idem*

²²⁵ Comentário Geral nº 16 do Comité dos Direitos Humanos, par.1; Ac. Airey c. Irlanda, par. 32; Ac. X e Y c. Holanda, par.23.

²²⁶ Comentário Geral nº 16 do Comité dos Direitos Humanos, par.1, 10 e 11; Ac. Airey c. Irlanda, par. 32; Ac. X e Y c. Holanda, par.23.

²²⁷ Comentário Geral nº 16 do Comité dos Direitos Humanos, par.2; Ac. X e Y c. Holanda, par. 24.

²²⁸ Ac. Klass e outros c. Alemanha, par. 59.

²²⁹ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., págs. 165 e 234 e MOCO, Marcolino, cit., pág. 97.

por regulamento administrativo; 2) autorização constitucional: as restrições aos direitos fundamentais têm que estar explícita ou implicitamente previstas na Constituição, têm que se fundar em regras ou princípios constitucionais para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos; 3) respeito do princípio da proporcionalidade: as leis restritivas têm que ser necessárias para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (nº2), têm que ser adequadas para salvaguardar esses direitos e interesses (nº2) e proporcionais, na medida em que têm que respeitar o conteúdo essencial dos direitos (nº3). Assim, as leis restritivas têm que se mostrar indispensáveis para alcançar o fim que se pretende – só deve ser tomada uma medida restritiva caso não haja outro meio menos gravoso para se atingir esse objectivo -, as leis restritivas têm que ser idóneas para se alcançar esse fim e só podem estabelecer-se se não lesarem de forma excessiva o direito que pretendem restringir, mesmo que se revelem necessárias e adequadas²³⁰.

Por sua vez, os requisitos das leis restritivas constam do nº 3 do art.º 18º e são: 1) generalidade e abstracção: dirigidas a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas e casos; 2) não retroactividade: as leis restritivas apenas se podem aplicar a casos que ocorram após a sua entrada em vigor sob pena de se frustrar a confiança dos cidadãos e os princípios do Estado de Direito e da igualdade^{231 232}; 3) garantia do conteúdo essencial: tanto o legislador, no momento da elaboração da lei, como o Tribunal Constitucional, aquando da fiscalização da constitucionalidade da lei, têm que respeitar o conteúdo essencial do direito que se pretende restringir²³³. Na dúvida, os direitos devem prevalecer sempre sobre as restrições (de modo a garantir a liberdade das pessoas)²³⁴.

Feita esta breve introdução, segue uma enumeração das excepções ao segredo bancário e dos respectivos interesses que as mesmas visam proteger, no Direito português e internacional, para posteriormente aferir o respeito dos requisitos decorrentes da Constituição e do DIDH.

²³⁰ ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, (...), págs. 135 a 137.

²³¹ *Idem*, pág. 139.

²³² Jorge Miranda inclui aqui tanto as leis restritivas totalmente retroactivas, que se aplicam a situações já esgotadas, como as leis restritivas de retroactividade imprópria, aplicáveis a situações vindas do passado mas ainda não terminadas (MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, (...), pág. 378).

²³³ ALEXANDRINO MELO, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, (...), pág. 142.

²³⁴ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (...), pág. 379.

6.1. NO DIREITO PORTUGUÊS

No Direito Português, apesar de o sigilo bancário ser legalmente reconhecido, a tendência tem sido do seu enfraquecimento²³⁵. Esta maior abertura do segredo bancário resulta em grande parte de compromissos assumidos pelo Estado português a nível internacional, compromissos que se destinam a combater a criminalidade internacional, como seja o branqueamento de capitais e os vários tipos de criminalidade organizada²³⁶ ou que se prendem com motivos tributários.

Já se concluiu que assim como o direito à privacidade, o segredo bancário – que o garante – não é um direito ilimitado, pode, ao invés, sofrer limitações por razões de interesse público ou de terceiros, razões essas que justificam as leis restritivas desse segredo. Por conseguinte, são motivos de interesse público e de interesses de terceiros que justificam a previsão das exceções ao segredo bancário consagradas no art.º 79º, 2 Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

Nas alíneas a) a c), estão previstas as exceções institucionais: as informações cobertas pelo segredo bancário podem ser reveladas ao Banco de Portugal (alínea a)) e à Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (alínea b)), para que estas duas instituições possam prosseguir as suas funções de supervisão do sistema financeiro²³⁷ e também ao Fundo de Garantia de Depósitos e ao Sistema de Indemnização aos Investidores (alínea c)), com o intuito de facilitar a sua função de salvaguarda dos sujeitos que recorrem ao sistema financeiro²³⁸. Estão, assim, em causa, tendo em conta as atribuições destas instituições, os interesses públicos de bom funcionamento, equilíbrio e estabilidade do sistema financeiro²³⁹, que só é possível prosseguir através do acesso a informação coberta pelo segredo bancário.

Resulta da alínea d) que os elementos protegidos pelo sigilo bancário também podem ser revelados, no âmbito de um processo penal, às autoridades judiciais. Também aqui

²³⁵ “perante o Estado, por exigências policiais e fiscais e não propriamente perante os particulares” MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de Direito Bancário* (...), pág. 262.

²³⁶ “E terá sido por força dos compromissos internacionais assumidos, designadamente como membro da União Europeia, que em Portugal foram aprovadas normas que vieram alterar a posição de supremacia absoluta de que gozava o sigilo bancário. O sigilo bancário passou a ter um tratamento diferenciado nos casos envolvendo narco-tráfico e outras formas de criminalidade organizada designadamente nos chamados «crimes de colarinho branco», PESSOA PINTO, Ana, cit., pág. 254.

²³⁷ GOMES, Noel, cit., pág. 42 e 43.

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ GOMES, cit., 2006, pág. 43.

se intenta proteger interesses públicos gerais, neste caso de investigação e punição criminal²⁴⁰. A alínea em questão, foi alterada pela Lei n° 36/2010 de 02 de Setembro, que alterou o RGICSF. Anteriormente a essa alteração a alínea d) do n°2 do art.º 79º RGICSF previa a excepção ao dever de segredo bancário previsto no art.º 78º RGICSF *nos termos previstos na lei penal e processual penal*, com essa alteração passou a dispor que os factos ou elementos relativos às relações da instituição bancária com os seus clientes, nas quais se incluem os nomes de clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias (art.º 78º, 2 RGICSF) podem ser revelados pelos membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional (art.º 78º, 1 RGICSF) *às autoridades judiciais no âmbito de um processo penal*. Desta alteração legal resulta, segundo o Tribunal da Relação de Lisboa²⁴¹, a revogação tácita dos n°s 2 e 3 do art.º 135º CPP no que se refere ao segredo bancário²⁴². Significa isto que, com a alteração da alínea d) de n° 2 do art.º 79º RGICSF pela Lei n° 36/2010, as pessoas obrigadas ao sigilo passam a ter que revelar as informações cobertas por este, desde que: 1) a informação seja solicitada no âmbito de um processo penal; 2) essa solicitação seja feita por uma autoridade judiciária competente; e 3) essa solicitação seja feita na sequência de um despacho fundamentado.

A informação só pode ser solicitada no âmbito de um processo penal, pela autoridade judiciária competente²⁴³ que, no caso de o processo se encontrar na fase de inquérito, será o Ministério Público, na fase de instrução, o juiz de instrução e o juiz no caso de o processo se encontrar na fase de julgamento. Ou seja, a autoridade judiciária competente para solicitar a informação sigilosa dependerá da fase do processo em que a informação sigilosa tenha sido solicitada. Essa solicitação terá que ser feita por despacho da

²⁴⁰ *Idem*, pág. 45.

²⁴¹ Acórdão TRL de 19 de Outubro de 2011.

²⁴² Antes da entrada em vigor da Lei n° 36/2010 a quebra do segredo bancário, no caso de escusa de depoimento com base no segredo profissional (art.º 135º, 1 CPP), estava sujeita à apreciação do juiz: assim, nos termos do n°2 deste artigo, a legitimidade da escusa era objecto de apreciação pelas autoridades judiciárias competentes, havendo dúvidas fundadas de que a escusa era ilegítima. No caso de concluir pela sua ilegitimidade a autoridade judiciária competente ordenava, no caso de ser o juiz, ou requeria ao tribunal que ordenasse, no caso de ser o Ministério Público a prestação do depoimento. Caso contrário, se concluísse pela legitimidade da escusa, devia ser provocada a intervenção do Tribunal superior, no caso do Supremo Tribunal de Justiça, do plenário das secções criminais que, tendo em conta o princípio da prevalência do interesse preponderante, decidiria pela legitimidade ou ilegitimidade da escusa e, neste caso, pela obrigação de prestação de depoimento com quebra do segredo bancário (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de fixação de jurisprudência de 13 de Fevereiro de 2008; GOMES, Noel, cit., págs. 48 e 48).

²⁴³ Autoridades judiciárias são, segundo a alínea b) do art.º 1 do CPP: *o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência*.

autoridade judiciária competente que, por seu turno, terá que ser devidamente fundamentado, pois a quebra do segredo bancário poderá comportar a violação do direito à privacidade do cliente do banco, assim como a quebra de confiança deste em relação à instituição bancária. Deste modo, o despacho deve apresentar os fundamentos da necessidade de quebra do segredo bancário, que corresponderão à necessidade de salvaguarda de interesses proeminentes no caso concreto, carecidos de protecção pelo Ordenamento Jurídico, por imposição constitucional. Essa ponderação terá que ser feita tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e terá que ser respeitado o princípio da proporcionalidade. Neste ponto, o Tribunal da Relação de Évora, no Acórdão de 22 de Novembro de 2011, defende posição diversa: para este Tribunal, após a entrada em vigor da Lei nº 36/2010 “não há que fazer apela ao critério da prevalência do interesse preponderante” pois “o legislador decidiu à partida privilegiar o interesse público. Repetimos: o juízo de prevalência foi feito pelo próprio legislador. Aqui a eventual recusa das instituições bancárias em prestar informações às autoridades de investigação é sempre ilegítima”²⁴⁴.

A posição do Tribunal da Relação de Évora é, no entanto, desconforme com os requisitos das restrições do DIDH pois, conforme adiante de constatará²⁴⁵, também as intromissões legais na privacidade das pessoas não podem ser arbitrárias (art.º 17º PIDCP), havendo necessidade de fazer um exercício de ponderação no caso concreto, tendo em conta o princípio da proporcionalidade. A decisão de quebra do segredo bancário, seja pelo Ministério Público ou pelo juiz, terá sempre que ser necessária, adequada e proporcional em sentido estrito.

Concluiu o Tribunal da Relação de Lisboa pela salvaguarda das normas constitucionais pertinentes: “O direito de reserva de intimidade da vida privada e familiar constitucionalmente protegido cede em nome da realização da justiça e da segurança enquanto valores do Estado de Direito Democrático e na justa medida em que

²⁴⁴ O Tribunal defende igual posição quanto a processos penais especiais previstos em legislação avulsa, tais como os previstos no “art.º 13º-A do DL n.º 454/91, de 28.12, com a redacção do DL n.º 316/97, de 19.11 (*regime jurídico do cheque sem provisão*), o art.º 60º do DL n.º 15/93, de 22.01 (*tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas*), os art.º 1º, 2º e 3º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (*criminalidade organizada e económico financeira – terrorismo, tráfico de armas, corrupção passiva e peculato, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e tráfico de menores, contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda*), na redacção da Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril, e art.º 16º da Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho (*branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo*)”.

²⁴⁵ Vide *infra*, págs. 81 e segs..

tal se tenha por necessário, proporcional e adequado, conforme artigos 26.º, n.º 1 (Na parte que ora releva, consagra-se aí que «a todos são reconhecidos os direitos [...] à reserva da intimidade da vida privada e familiar»), e 18.º, n.º 2 (Segundo o qual «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos»), da Constituição da República Portuguesa”.

Apesar de a quebra do segredo bancário não depender da intervenção de um Tribunal superior, como anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 36/2010 sucedia, podendo ser determinada pelo Ministério Público ou pelo juiz de 1ª instância, o titular do segredo bancário continua a beneficiar de garantias: para além da necessidade de a autoridade competente ter que apresentar despacho fundamentado, essa decisão tem de ser tomada tendo em consideração o princípio da proporcionalidade e, em todo o caso, a intervenção do Tribunal da Relação e do Supremo Tribunal de Justiça pode ser suscitada em sede de recurso judicial.

Ainda ao nível do Direito Processual Penal, cabe fazer referência a legislação avulsa que prevê, em certas circunstâncias, o levantamento do segredo bancário e que, sendo leis especiais em relação ao CPP, afastam a aplicação deste.

É este o caso da Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho (que revogou a Lei n.º 11/2004, de 27 de Março) que estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo e que transpõe para a Ordem Jurídica interna as Directivas n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Outubro e n.º 2006/70/CE, da Comissão, de 01 de Agosto.

À luz deste diploma, impendem sobre as instituições financeiras deveres de comunicação, abstenção e colaboração: no primeiro caso, impõe-se que as instituições comuniquem ao PGR e à Unidade de Informação Financeira, por sua iniciativa, que têm conhecimento, suspeitam ou têm razões suficientes para suspeitar, que está em curso ou foi tentada uma operação susceptível de configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo (art.º 16º, 1) só podendo essas informações ser utilizadas no âmbito de um processo penal (art.º 16º, 2); no segundo, é vedado às instituições financeiras a realização de operações que saibam ou suspeitem estar

relacionadas com a prática do crime de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo (art.º 17º 1) informando de imediato o PGR e a Unidade de Informação Financeira dessa abstenção (art.º 17º, 2); por fim, estas são obrigadas colaborar quando solicitadas pelo PGR, Unidade de Informação Financeira, pela autoridade judiciária competente ou pelas autoridades competentes para a fiscalização do cumprimento dos deveres previstos na lei em questão, nomeadamente garantindo o acesso directo às informações e apresentando os documentos ou registos solicitados (art.º 18º).

Também o Regime Jurídico do Cheque sem Provisão aprovado pelo Decreto-lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 316/97, de 19 de Novembro, prevê o levantamento do segredo bancário e a obrigação das instituições de crédito colaborarem com as autoridades judiciárias na investigação do crime de emissão de cheque sem provisão (art.º 13º-A). Um dever de colaboração das instituições bancárias com a justiça é também imposto pelo Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que estabelece o Regime Jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (art.º 60º, 1), assim como pela Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, alterada pela Lei n.º 19/2008 de 21 de Abril, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada, através de um regime especial de recolha de prova e quebra do segredo profissional no âmbito da investigação de crimes enumerados no nº1 do art.º 1. As autoridades competentes podem, através de despacho fundamentado, solicitar às instituições de crédito que forneçam informações ou documentos que se revelem essenciais à descoberta da verdade, ficando as instituições de crédito vinculadas a um dever de colaboração (artigos 2º e 3º).

Na alínea e) permite-se a quebra do segredo bancário pela Administração tributária no âmbito das suas atribuições. A matéria do levantamento do sigilo bancário para fins tributários encontra-se regulada nos artigos 63º a 63º-C da LGT. A regra geral é a de que é necessária prévia autorização judicial para que a administração tributária possa aceder a matéria coberta pelo segredo profissional (art.º 63º, 2), no entanto, existem excepções a esta regra relativas ao segredo bancário (art.º 63º, 3): as instituições de crédito encontram-se obrigadas a comunicar factos sobre matéria protegida pelo segredo bancário nos casos previsto no artigo 63º-A; a Administração tributária pode aceder directamente a informações e documentos bancários relativos aos contribuintes e/ou familiares e terceiros que se encontrem numa relação especial com aquele nos casos e nos termos previstos no art.º 63º-B; por último, esta possibilidade de acesso directo a

informações e documentos bancários pela Administração tributária também poderá suceder no caso das empresas (art.º 63º-C).

Estão em questão razões tributárias, associadas ao interesse fiscal na simples, justa e atempada arrecadação das receitas fiscais, vital para a colectividade, uma vez que a sua satisfação torna possível o regular funcionamento dos serviços públicos. Trata-se de um interesse digno de tutela constitucional, materializado no dever fundamental de pagar impostos (art.º 103º, 1 CRP), nos princípios da igualdade fiscal e da tributação das empresas pelo lucro real (art.º 104º, 2 CRP)²⁴⁶.

O dever fundamental de pagar impostos (art.º 103º, 1 CRP), vincula os contribuintes - que têm de cumprir obrigações pecuniárias, contribuindo para a despesa pública, e não pecuniárias, traduzidas em deveres de colaboração -, terceiros relativamente à relação jurídica tributária como as instituições financeiras – que têm de cumprir deveres de colaboração – e os poderes públicos – o Estado têm que assumir um papel activo, dando poderes à administração tributária para que esta possa cumprir a sua função de fiscalização, entre eles o acesso a informação bancária protegida pelo segredo. Este poder não pode ser concebido como uma mera faculdade que se encontra na disponibilidade do legislador e da administração, mas sim como verdadeiro mandato constitucional de carácter imperativo a que estão vinculados os poderes públicos, de modo a tornar efectivo o dever fundamental de pagar impostos e, associado a este, a criação de um sistema tributário justo. Esta obrigação de *facere* do Estado é vinculada quanto ao fim mas beneficia de uma margem de liberdade de conformação quanto aos meios²⁴⁷.

O princípio da igualdade fiscal decorre do princípio da igualdade (art.º 13º CRP). Com este princípio, o que se pretende é que todos os cidadãos paguem impostos. O segredo bancário contribui para acentuar um tratamento diferenciado entre aqueles que declaram os seus rendimentos e os que o não fazem, assim, ao atribuir-se à Administração tributária os poderes de controlo e fiscalização através do acesso a informações protegidas pelo segredo bancário contribui-se para a igualdade fiscal dos

²⁴⁶ GOMES, Noel, cit., pág. 128.

²⁴⁷ *Idem*, págs. 130 e 131.

contribuintes e, por conseguinte, para o cumprimento do princípio constitucional da igualdade²⁴⁸.

O objectivo do acesso da Administração tributária a matéria coberta pelo sigilo bancário é combater a fraude e evasão fiscais, contribuindo para o cumprimento do princípio da igualdade na modalidade de igualdade fiscal através da justa repartição dos encargos públicos. Dado que as instituições bancárias detêm informações privilegiadas acerca dos seus clientes que podem ser de grande utilidade para a Administração tributária nas suas tarefas de controlo e fiscalização, aquelas têm o dever de colaborar com esta, informando-a de factos e informações que lhes sejam solicitados.

Na última alínea do n.º 2 do art.º 79º RGICSF, na alínea f), admitem-se outras excepções ao segredo bancário quando exista outra disposição legal que expressamente o limite. Estas excepções têm que estar expressamente previstas na lei: primeiro, porque na letra do preceito é mencionada essa exigência e depois porque, pelo facto de o sigilo bancário tutelar direitos fundamentais, a sua restrição tem que se revestir da máxima segurança jurídica²⁴⁹.

Cabe no âmbito desta alínea o art.º 417º CPC²⁵⁰, no qual se prevê um dever de colaboração com a justiça para a descoberta da verdade e se estabelece que todos são obrigados, quando solicitados, a cooperar para a descoberta da verdade (n.º1), no entanto, no n.º 3 estão previstas as situações em que a recusa de colaboração é legítima, com destaque para a alínea c) que se refere ao sigilo profissional, no qual se inclui o sigilo bancário. Caso a instituição bancária deduza escusa nos termos da alínea c) do n.º 3 do art.º 417º CPC, o n.º4 deste mesmo artigo remete para a disciplina do processo penal a questão da comprovação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de segredo bancário. Nos termos do art.º 135º, 2 CPP, se houver dúvidas quanto à legitimidade da escusa o Tribunal procede às averiguações necessárias e se concluir pela ilegitimidade desta ordena a prestação de depoimento, se concluir pela legitimidade, aplica-se o nº3 do art.º 135º CPP e o Tribunal superior ao qual o incidente se tenha suscitado pode decidir pela ilegitimidade da escusa, tendo em conta o princípio da prevalência do interesse preponderante. O regime do CPP aplica-se igualmente quando se trate de documentos depositados em estabelecimentos bancários, cujo art.º 181º

²⁴⁸ GOMES, Noel, cit., págs. 138.

²⁴⁹ Neste sentido, GOMES, Noel, cit., pág. 60.

²⁵⁰ Entre outros preceitos vigentes na Ordem Jurídica portuguesa.

estabelece que a apreensão desses documentos e o seu exame são feitos pelo juiz. A justificação para o levantamento do segredo bancário é, neste caso, o interesse público da boa administração da justiça e também interesses de terceiros particulares. O sujeito beneficia, nestes processos, da garantia de um forte controlo judicial.

6.2. NO DIREITO INTERNACIONAL

A necessidade de protecção destes interesses é sentida a nível internacional, como consequência da globalização. Por esse motivo, não obstante reconhecer a protecção do segredo bancário, tem surgido, ao nível da União Europeia, legislação sobre a matéria, no sentido da imposição de restrições ao segredo bancário por parte dos Estados Membros seja para atender a fins de ordem criminal ou tributária²⁵¹, o que vem confirmar o carácter relativo do segredo bancário que, em confronto com outros interesses legalmente protegido considerados superiores no caso concreto, poderá sofrer restrições²⁵².

É este o caso da Directiva n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Outubro, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo e da Directiva n.º 2006/70/CE da Comissão, de 01 de Agosto, que estabelece medidas de execução da Directiva n.º 2005/60/CE. A preocupação patente nestas Directivas é de ordem criminal: o combate ao branqueamento de capitais e à criminalidade organizada, que prejudicam “a solidez, a integridade e as estabilidade das instituições de crédito e financeiras, bem como a confiança no sistema financeiro no seu conjunto” (considerando 2 da Directiva n.º 2006/70/CE). Reconhece-se que o combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo consegue ser melhor alcançado se os Estados cooperarem, não só ao nível comunitário mas extra-comunitário também. Desse modo, impõem-se que os Estados adoptem medidas preventivas de combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, nomeadamente através da flexibilização das regras

²⁵¹ “A evolução normativa permite asseverar que se está a assistir, a nível do Direito comunitário (e, por arrastamento, com evidentes repercussões no Direito interno de cada Estado-membro, obrigado a transpor as directrizes comunitárias), a uma crescente degradação do segredo bancário (...) instrumentalizados pelo legislador tanto para a prossecução de finalidades criminais (relacionadas fundamentalmente com o branqueamento de capitais) como, mais recentemente, com finalidades de raiz tributária.” (GOMES, Noel, cit., pág. 194).

²⁵² GOMES, NOEL, cit., pág. 194.

referentes ao segredo bancário, impondo-se às instituições de crédito deveres de colaboração com as autoridades nacionais competentes através do fornecimento de informação sigilosa.

A Directiva n.º 2003/48/CE, do Conselho, de 3 de Junho, incide igualmente na matéria do segredo bancário mas, desta vez, os motivos da limitação do segredo são de ordem tributária, em especial trata da tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros. O objecto desta Directiva é, assim, permitir que os rendimentos de poupança sob a forma de juros pagos num Estado Membro a beneficiários efectivos que sejam pessoas singulares residentes noutro Estado Membro, sejam sujeitos a tributação efectiva, em conformidade com a legislação deste último Estado Membro, desiderato que só se consegue através da cooperação e coordenação dos Estados, por isso, e tendo em vista a efectiva tributação desses rendimentos, a Directiva estabelece um sistema de troca automática de informações entre os Estados Membros²⁵³ relativas ao pagamento de juros^{254 255}, não podendo estes escusar-se de prestar essas informações com o argumento de que se trata de informação sigilosa²⁵⁶. Para tornar possível a troca automática de informações, os Estados devem poder, previamente, aceder a essas informações, assim, a Directiva²⁵⁷ prevê no art.º 8º que o agente pagador faça uma recolha de informações, transmitindo-as posteriormente às autoridades competentes do seu Estado Membro (art.º 5º) que, por seu turno, as transmite às autoridades competentes do Estado Membro do beneficiário efectivo (art.º 9º).

²⁵³ Esta não foi a primeira Directiva comunitária a estabelecer a obrigatoriedade de troca de informações entre os Estados como forma de combater a fraude e a evasão fiscais, antes desta já a Directiva n.º 77/799/CEE de 19 de Dezembro, estabelecia um sistema de troca de informações de modo a permitir o correcto estabelecimento dos impostos sobre o rendimento e o património.

²⁵⁴ GOMES, Noel, cit., pág. 213.

²⁵⁵ A harmonização da legislação sobre matéria fiscal ao nível da União Europeia é uma exigência que decorre dos efeitos da globalização. A globalização e a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais dentro do espaço europeu têm alguns efeitos negativos ao nível da tributação de capitais uma vez que são dotados de uma maior facilidade de mobilidade. Esses efeitos decorrem das políticas fiscais mais favoráveis adoptadas pelos Estados, de modo a atrair capitais, isto leva a que os outros Estados adoptem medidas ainda mais favoráveis com o mesmo intuito de atrair capitais o que, por sua vez, leva à diminuição das receitas tributárias. Esta concorrência fiscal, para além de, de certa maneira, levar à perda de soberania em matéria fiscal por parte dos Estados que se guiam pelas medidas adoptadas pelos outros países, é uma concorrência fiscal prejudicial que tem como efeito a diminuição das receitas tributárias dos Estados devido à deslocação dos capitais o que, por seu turno, provoca o aumento das taxas de desemprego. (*Idem*, págs. 195 e segs).

²⁵⁶ Possibilidade que decorria do art.º 8º da Directiva n.º 77/799/CEE, de 19 de Dezembro.

²⁵⁷ Que pretende estender o seu regime para um nível extra-comunitário, reconhecendo-se que só assim as medidas podem ser eficazes, caso contrário poderiam determinar uma fuga de capitais para países não pertencentes à União Europeia que tutelem mais fortemente o segredo bancário (art.º 17º, 2).

Também a OCDE se debruçou sobre o tema do sigilo bancário, mais por razões tributárias. Esta Organização Internacional revelou preocupação relativamente ao fenómeno da concorrência fiscal internacional e reconheceu que o seu combate eficaz pressupõe coordenação dos Estados. Assim, através de Relatórios, aconselhou os Estados a flexibilizarem as regras de sigilo bancário, no sentido de uma maior abertura e, para além disso, defendeu a comunicação das informações recolhidas através do levantamento do segredo bancário entre os Estados.

Elaborou dois Relatórios nesta matéria: o primeiro em 1985, denominado “*Taxation and the abuse of Bank Secrecy*”, que, no essencial, aconselhava os Estados a facilitarem o acesso a informações bancárias por parte da Administração fiscal²⁵⁸ e o segundo, denominado “*Improving Access to Bank Information for Tax Purpose*”, de 12 de Abril de 2000, que “tem fundamentalmente por objecto o aperfeiçoamento da troca de informações relativo a um contribuinte determinado”²⁵⁹. Através desta Recomendação, a OCDE aconselhou os Estados a proibirem as contas anónimas; a facilitar o acesso por parte das autoridades fiscais nacionais a informações bancárias relevantes para o interesse nacional, seja de forma directa ou indirecta e, neste caso, se se tratar de um processo judicial, a adopção de medidas de modo a simplificá-lo e a torná-lo mais célere e a facilitar a troca de informações inter-estaduais.

Apesar de ao nível internacional se registarem tentativas de flexibilização das normas regulamentadoras do segredo bancário e de apelo à cooperação interestadual, o nível de protecção do segredo bancário nas diversas Ordens Jurídicas não é uniforme, ao invés, enquanto nalgumas se regista maior dificuldade de acesso a informações e dados que, *a priori*, estão cobertas pelo sigilo bancário; noutras esse acesso é facilitado. As duas situações paradigmáticas que podem ser referidas a este respeito são os casos da Suíça e dos Estados Unidos, sendo aquela o paradigma de uma ordem jurídica que dispensa forte protecção ao sigilo bancário e este o paradigma de uma ordem jurídica em que a protecção do segredo bancário se apresenta mais frágil.

As razões da forte protecção do sigilo bancário na Suíça são de ordem histórica, económica e jurídica. Historicamente, a consagração legislativa do segredo bancário na Suíça deve-se ao facto de os judeus, perante uma situação de forte perseguição pelo regime nazi, terem procurado refúgio neste país. Consequentemente, o regime nazi

²⁵⁸ GOMES, Noel, cit., pág.221.

²⁵⁹ *Idem*, pág. 224.

exercia forte pressão sobre os bancos suíços para que fornecessem informações acerca dos judeus aí refugiados que fossem seus clientes. Para a forte protecção do segredo bancário contribuiu igualmente o clima de confiança no sistema financeiro gerado por uma grande estabilidade política e económica. Por fim, a Suíça defende uma concepção ampla do direito à intimidade, ou seja, este abrange não só questões do foro pessoal do indivíduo mas igualmente do foro patrimonial, o que contribui tal-qualmente para que seja conferida uma maior protecção do segredo bancário nesse Estado. Esta forte protecção do segredo bancário na Suíça não significa, no entanto, que a protecção deste direito seja absoluta, também neste ordenamento existe legislação que legitima o levantamento do segredo bancário em determinadas situações.

Para uma protecção mais fraca do sigilo bancário nos E.U.A., contribuem o entendimento próprio de conceitos como o direito à privacidade, a relação banco-cliente e a segurança da economia nacional que nesse país vigora²⁶⁰. Nos E.U.A., apesar de não existir consagração legal expressa do direito à privacidade na Lei fundamental, é pacificamente aceite que este direito existe nesta ordem jurídica; no entanto, é predominantemente entendido que o direito à privacidade inclui apenas questões do foro pessoal, ou seja, predomina uma concepção estrita do direito à privacidade²⁶¹, de fora ficam as questões patrimoniais e, conseqüentemente, o sigilo bancário²⁶². À relação banco-cliente no ordenamento jurídico norte-americano não é dada tanta relevância como à relação dos indivíduos com profissionais de outras áreas como seja a relação com advogados²⁶³. Por fim, ao contrário daquilo que é entendido noutros países - que o sigilo bancário contribui para o desenvolvimento da economia -, nos E.U.A. entende-se a questão no sentido inverso: a protecção do sigilo bancário é prejudicial para o desenvolvimento económico. Mas, apesar desta menor protecção do sigilo bancário, não significa que inexista. Como *supra* se verificou, a tutela do segredo bancário está implícita nas cláusulas dos contratos. Existem, no entanto, situações em que este pode sofrer limitações.

²⁶⁰ GOMES, Noel, cit., págs. 187 e segs.

²⁶¹ “na jurisprudência constitucional norte-americana os “privacy cases” têm-se centrado, ainda que não exclusivamente, na área da sexualidade. Não por a essas questões se limitarem as questões da privacy mas por ser nessa área que com mais frequência se verificou uma tentativa de intromissão legislativa numa área que a jurisprudência considerou dever estar isenta de qualquer intromissão estatal” SILDANHA SANCHES, José Luís, cit., pág. 26 e 27.

²⁶² GOMES, Noel, cit., pág. 188.

²⁶³ *Idem*, págs. 188 e 189.

7. REQUISITOS DAS RESTRIÇÕES

O segredo bancário, conforme se referiu, pretende proteger interesses privados do banco²⁶⁴ e do cliente²⁶⁵ e, simultaneamente, interesses públicos²⁶⁶. Alguns destes interesses beneficiam de tutela constitucional com destaque, tendo em conta o objecto deste estudo, para o interesse privado na reserva da intimidade da vida privada (art.º 26º CRP).

Cabe aos Estados a tarefa de garantir estes interesses, nomeadamente através da sua previsão legal – tarefa que decorre de imposição constitucional e do DIDH. Em cumprimento desta exigência constitucional e de Direito Internacional, prevê-se o dever de segredo bancário no art.º 78º RGICSF.

Mas o segredo bancário não é um direito absoluto (tal como o direito à privacidade, que garante), podendo ter que ceder quando em confronto com outros interesses também eles privados (os direitos de terceiros) e públicos (bom funcionamento, equilíbrio e estabilidade do sistema financeiro, investigação e punição criminal, justa tributação e combate à fraude e evasão fiscais, boa administração da justiça). São situações de colisão de interesses, ambos com legitimidade constitucional que, por um lado, reclamam a defesa do segredo bancário e, por outro, a sua quebra e que exigem uma ponderação dos interesses em jogo, de modo a harmonizá-los, desde logo ao nível da legislação.

O Estado também tem obrigação de defender os interesses públicos, interesses esses que dizem respeito à comunidade no seu todo e que são delimitados pelo Ordenamento Jurídico: num primeiro momento, pela Constituição e num segundo, pelas opções legislativas que se façam no respeito e impostas por aquela^{267 268}.

²⁶⁴ Bom nome e reputação, direito à livre iniciativa económica.

²⁶⁵ Direito à privacidade, direito geral do livre desenvolvimento da personalidade.

²⁶⁶ Bom funcionamento, equilíbrio e estabilidade do sistema financeiro.

²⁶⁷ ALVES DA FROTA, Hidemberg, *O Princípio da Supremacia do Interesse Público no Direito Positivo Comparado: Expressão do Interesse Geral da Sociedade e da Soberania Popular*, Separata da Revista da FDUL, Vol. XLV – nºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2004, pág. 234.

²⁶⁸ Trata-se do interesse público primário, ou interesse propriamente dito e não do interesse público secundário, que se reporta antes apenas aos interesses do Estado e só se legitima quando coincidente com os interesses gerais da comunidade,, *Idem*, pág. 233. O interesse público primário distingue-se também de outros interesses como os interesses difusos e os interesses colectivos, correspondendo os primeiros aos interesses “de um número indefinido de pessoas” (*Idem*, pág. 232) e os segundos ao “interesse peculiar de pessoas determinadas ou determináveis, reunidas em grupo, categoria ou classe, concerne à relação ou

Coexistem, deste modo, interesses na defesa do segredo bancário com interesses na sua quebra que, em determinadas situações, podem entrar em colisão, impondo-se um exercício de ponderação que conduza à harmonização dos interesses na quebra e na defesa, de modo a que se atenda à prossecução de uns e outros e se lesem na menor medida possível os direitos e interesses protegidos.

No Ordenamento Jurídico português, como *supra* se demonstrou, existe legislação que prevê a possibilidade de quebra do segredo bancário, assim como a possibilidade de dispensa pelo seu titular. Trata-se de verdadeiras restrições ao direito à privacidade dos clientes e dos bancos, no primeiro caso, sendo o segundo uma auto-restrição do direito. Tendo em conta que o sigilo bancário beneficia de tutela constitucional e internacional, pois é garante do direito à privacidade – direito fundamental previsto expressamente na CRP e em vários instrumentos legislativos internacionais relativos a Direitos Humanos -, cumpre questionar a legitimidade das restrições que se lhe impõe nos casos de derrogação (na modalidade de quebra e dispensa).

Questão mais controversa na doutrina é a possibilidade de quebra do segredo bancário pela Administração fiscal para fins tributários, justificada pela necessidade de prossecução do interesse público no combate à evasão e fraude fiscais para alcançar uma justa e efectiva tributação. Esta é uma questão que se reveste da maior importância, tendo em conta que já não diz somente respeito às Ordens Jurídicas nacionais individualmente consideradas mas a toda a Comunidade Internacional, que conclui pela maior eficiência na defesa do princípio da justa tributação se reunir esforços. Daí a actividade legislativa das Organizações Internacionais, nomeadamente da União Europeia, no sentido da cooperação dos Estados em matéria tributária, como é o caso da referida Directiva n.º 2003/48/CE, do Conselho, de 03 de Junho. Mas não só em matéria tributária existe legislação internacional no sentido da restrição do segredo bancário; também ao nível do Direito Penal surgiu legislação comunitária que prevê a flexibilização do levantamento do segredo bancário para efeitos nomeadamente de combate à criminalidade organizada (já referida Directiva n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro).

vínculo jurídico em comum a proporcionar a união e a solidariedade dos seus integrantes, tornando indivisíveis em seu exercício os interesses de que são titulares” (*Idem*, pág. 231).

A legitimidade ou não destas medidas depende da resposta a duas questões: é permitida a restrição ao direito fundamental à privacidade? Caso a resposta seja positiva surge a segunda questão: sendo a legislação que prevê a derrogação do segredo bancário restritiva do direito à privacidade, cumpre essa legislação os requisitos das leis restritivas?

A resposta à primeira pergunta é positiva, o direito à privacidade pode sofrer restrições por razões de interesse público ou privado, desde que respeitados os requisitos impostos às restrições de direitos fundamentais (de Direito interno e internacional).

7.1. NO DIREITO PORTUGUÊS

Respondida positivamente a primeira pergunta, cabe agora analisar a segunda. Essa análise será feita à luz do Ordenamento Jurídico português – será analisada legislação vigente nesta Ordem jurídica que permite a derrogação do segredo bancário e a sua conformidade com os requisitos exigidos para as restrições.

Antes de avançar nesta análise, recorde-se quais são os requisitos das restrições dos direitos fundamentais: previsão legal, autorização constitucional e respeito pelo princípio da proporcionalidade.

As restrições têm que estar previstas na lei parlamentar ou num decreto autorizado, visto tratar-se de matéria referente a direitos, liberdades e garantias – matéria cuja regulamentação a CRP reserva à Assembleia da República ou ao Governo (art.º 165º, 1, b) CRP). Por sua vez, as leis restritivas têm que ser gerais e abstractas, não retroactivas e têm que garantir o conteúdo essencial dos direitos que pretendem restringir (art.º 18º, 3 CRP). Essas restrições têm que ser autorizadas pela Constituição – implícita ou explicitamente – de modo a que com elas se pretenda prosseguir um fim legítimo, também ele com dignidade constitucional, através da protecção de outros interesses constitucionalmente protegidos. Por fim, as restrições têm que respeitar o princípio da proporcionalidade na tripla vertente da necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*.

Quanto ao primeiro requisito mencionado, na Ordem Jurídica portuguesa existem leis que preveem o levantamento do segredo bancário - somente nos casos nelas previstos se permite esse levantamento, qualquer outra restrição não prevista na lei não é permitida pela Constituição e representa uma violação do direito à reserva da intimidade da vida privada do sujeito titular do direito.

Pergunta-se agora se as leis que admitem derrogações ao segredo bancário respeitam o conteúdo essencial do direito à privacidade. Tendo em conta que a maioria da informação a que o Estado pode aceder diz respeito a dados bancários – portanto, a dados patrimoniais -, o direito à reserva da intimidade da vida privada continua a subsistir quanto à vida pessoal e íntima do titular do direito que nada tenha a ver com aquelas informações; e, mesmo que tenham acesso a informação de índole pessoal, o conteúdo essencial do direito continua a subsistir porque, para além de o banco não possuir a biografia pessoal completa dos seus clientes, pois há informações de carácter pessoal de que este não tem conhecimento, o titular do direito continua a poder opor este direito a terceiros. O que se pretende com este requisito é preservar a dignidade do titular do direito, o que não parece posto em causa pelos motivos acabados de mencionar.

Um outro requisito das restrições é a autorização constitucional. Permite a CRP restrições ao direito à reserva da intimidade da vida privada através da derrogação do segredo bancário? No art.º 26º CRP não se encontra expressamente prevista a possibilidade de restrição aos direitos aí consagrados, em especial, ao direito à privacidade. Significa isto que se deva concluir pela impossibilidade de restrição deste direito?

A interpretar literalmente n.º 2 do art.º 18º CRP forçoso seria concluir pela impossibilidade de restrição do direito à privacidade pois, nem no art.º 26º, nem noutro qualquer preceito constitucional se prevê expressamente a possibilidade de restrição deste direito. Assim, concluir-se-ia pela inconstitucionalidade das leis que possibilitam derrogações ao segredo bancário por restritivas do direito à privacidade. Não se pode concluir, no entanto, que o direito à privacidade não pode ser restringido com base na interpretação literal da Constituição; esta tem que ser interpretada como um todo. Da interpretação da Constituição resulta que existem outros princípios e interesses que clamam igualmente protecção constitucional e que só é possível efectivar, em alguns

casos, através da restrição de direitos protegidos. Escreve Jorge Miranda a este propósito que as restrições expressamente previstas na Constituição não esgotam as “restrições possíveis e necessárias”²⁶⁹. Resulta ainda da Constituição a existência de restrições implícitas necessárias para salvaguardar interesses fundados em princípios constitucionais, que beneficiam igualmente de dignidade constitucional e que reclamam protecção^{270 271}.

Apesar de se admitir a existência de restrições constitucionais implícitas, convém referir que estas são excepcionais: se as restrições explícitas o são, por maioria de razão também as implícitas o serão, imperioso é que se fundem na Constituição e que respeitem os restantes requisitos das restrições²⁷².

Conclui-se, assim, pela possibilidade de restrição ao direito à privacidade quando em confronto com os interesses constitucionalmente protegidos no bom funcionamento, equilíbrio e estabilidade do sistema financeiro, investigação e punição criminal, justa e efectiva tributação e boa administração da justiça.

Por último, resta analisar o requisito do respeito pelo princípio da proporcionalidade. O que se pretende com este princípio é a análise, em três momentos, da relação entre meios utilizados e fins que se pretende atingir com as restrições²⁷³. Pretende-se, pois, analisar a “adequação das medidas aos fins; a necessidade ou exigibilidade das medidas e, por último, a proporcionalidade em sentido estrito, também designada de «justa medida»²⁷⁴. Questiona-se, então, se as leis que permitem a quebra do segredo bancário, sendo leis, restritivas, são adequadas para prosseguir os fins que se pretende alcançar, se são efectivamente necessárias imprescindíveis para alcançar esses fins e se são

²⁶⁹ *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (...), pág. 370. “Eis o que resulta, quase à vista desarmada, da fluidez das formulações presentes no texto constitucional, da multiplicidade de situações ali não previstas e da relevância de bens jurídicos e princípios que nestas se projectam”.

²⁷⁰ *Idem*, pág. 372.

²⁷¹ No sentido da aceitação de restrições implícitas também Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, (...), pág. 133: “a Constituição não pode ter pretendido, nem pretende, excluir a existência de eventos *verdadeiramente* restritivos fora dos casos explicitamente enunciados. Não o pode pretender, porque ela própria, ao ter enunciado direitos enunciou da mesma forma limites a esses direitos, limites que, estando implantados na sua estrutura genética, são mais tarde despertados pela dinâmica da vida social, pela interacção das diversas esferas jurídicas, quando não pela própria mutação das realidades sociais e históricas subjacentes”.

²⁷² MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (...), pág. 373 e ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, (...), pág. 134.

²⁷³ GOMES, Noel, cit. Pág. 341.

²⁷⁴ *Idem*.

proporcionais, ou seja, se respeitam o conteúdo mínimo essencial dos direitos sacrificados²⁷⁵.

Começando a análise pelo sub-princípio da adequação, adiante-se desde já que as leis relativas à derrogação do segredo bancário são adequadas. O levantamento do segredo bancário é um meio que permite a obtenção de informações que podem ser cruciais para o prosseguimento de fins como o regular funcionamento das instituições bancárias, a boa administração da justiça, o combate ao crime e a justa tributação. Na medida em que essas informações sejam relevantes para o caso, o meio revela-se apto para atingir o fim pretendido. Convém, sublinhar que apenas as informações cobertas pelo segredo bancário que tenham importância para a finalidade que se pretende alcançar podem ser acedidas, caso o acesso seja feito a informações irrelevantes já não será um meio adequado para atingir o fim pretendido²⁷⁶.

As medidas são também proporcionais. Justifica-se a quebra do sigilo bancário, com o inerente sacrifício do direito à privacidade, uma vez que os interesses que se intenta proteger são interesses públicos, que dizem respeito à comunidade no seu todo e que carecem igualmente de protecção estadual. Acresce que o conteúdo essencial do direito se mantém intacto pois o indivíduo continua a poder invocá-lo quanto às informações que não tenham relevância para a prossecução do fim almejado.

Especificamente em relação à quebra do sigilo bancário para fins tributários, uma nota para dizer que o Estado de Direito Social se propõe a atender às necessidades dos indivíduos, garantindo-lhes os seus direitos económicos, sociais e culturais. Ora, esse desiderato só se torna possível através da arrecadação dos impostos (não significa isto que esta seja a única “fonte de rendimento” dos Estados, mas é uma parte importante). Esquemas como o branqueamento de capitais e a fraude fiscal dificultam essa tarefa e resultam em situações de desigualdade entre os contribuintes – os que cumprem a lei ficam numa situação desvantajosa em relação aos incumpridores. Cabe ao Estado atenuar essas desigualdades e velar pelos interesses dos seus cidadãos – entenda-se, os

²⁷⁵ “Essencial será que essa restrição seja feita para salvaguardar outro bem jurídico superior, e terá que pautar-se por um critério de proporcionalidade, ou seja, a restrição tem que ser adequada (o meio capaz para o fim visado), necessária (o único meio capaz para alcançar o fim pretendido) e proporcional em sentido estrito (na medida certa para alcançar o objectivo)”, HENRIQUES BARBOSA, Paula Elisabete, cit., págs. 8 e 9.

²⁷⁶ Noel Gomes (cit., pág. 342) aponta como exemplos de informações indiferentes para o exercício da actividade tributária “as informações prestadas para justificar o recurso ao crédito ou as relativas à saúde do contribuinte”.

interesses públicos gerais (pois também os incumpridores beneficiam de direitos económicos, sociais e culturais: os Direitos Humanos são universais!) -, adoptando medidas que assegurem o princípio da justa tributação e, consequentemente atenuem as desigualdades fiscais. A quebra do segredo bancário revela-se uma medida eficaz na defesa desses interesses e proporcional, pois permite um equilíbrio entre interesses públicos e privados.

Em suma: as leis restritivas do segredo bancário conseguem equilibrar interesses privados na sua defesa, como o direito à privacidade, com os interesses públicos inerentes à derrogação deste segredo – está preenchido o sub-princípio da proporcionalidade *stricto sensu*.

O sub-princípio da necessidade impõe que, dentre as medidas possíveis, aptas a prosseguir o resultado pretendido, deve ser escolhida a menos gravosa, a que lese em menor medida os direitos fundamentais protegidos, a que restrinja o menos possível a privacidade das pessoas.

São as hipóteses de quebra do segredo bancário pela Administração tributária sem necessidade de autorização judicial, principalmente as previstas no art.º 63º-B LGT, que levantam mais questões quanto ao cumprimento do sub-princípio em questão (consequentemente do princípio da proporcionalidade, que não se pode considerar respeitado quando o “teste” a um dos três sub-princípios falhe). Uma parte da doutrina defende que este preceito é inconstitucional por violação do princípio da reserva do juiz (art.º 202º CRP). A doutrina que defende a violação deste princípio baseia-se no facto de o acto ter sido praticado por uma parte interessada, imparcial. Ives Gandra Martins é partidário desta posição, segundo o autor, sendo o direito à intimidade da vida privada um “direito com *status* constitucional, a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade²⁷⁷, apenas o tribunal, que tem o “dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação”²⁷⁸ poderá autorizar a quebra do segredo bancário. No mesmo sentido, Menezes Cordeiro defende que deste modo se viola o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada dos clientes, previsto no art.º 26º, 1 CRP, pelo facto de o direito ao segredo bancário ser

²⁷⁷ *Sigilo Bancário*, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 77, Coimbra, 2001, pág. 456.

²⁷⁸ *Idem*.

garante daquele. Neste sentido, Menezes Cordeiro²⁷⁹ afirma que, ao permitir-se à Administração fiscal o acesso a tais informações sem necessidade de prévia autorização judicial, se reduz “a um tema fiscal algo que se prende visceralmente com direitos fundamentais” e, precisamente por se tratar de matéria relativa a direitos fundamentais, a sua limitação (de segredo bancário) “requer sempre lei expressa e via jurisdicional”²⁸⁰
281

Refira-se que os autores reconhecem que o segredo bancário não é um direito ilimitado, antes pode ceder por razões de interesse público quando assim se justifique, apenas defendem que a quebra do segredo bancário se deve revestir da maior segurança jurídica, como a necessidade de autorização judicial para tal efeito. Esclarecem ainda os autores que o acesso ilimitado do fisco às informações bancárias dos contribuintes, para além de gerar insegurança, conduz a uma situação de fuga de capitais que se traduz no fraco desenvolvimento do país²⁸². A solução para este problema, de compatibilização do combate à criminalidade, a segurança jurídica e a manutenção de investimentos, segundo Ives Gandra Martins²⁸³, passaria pela necessidade de autorização judicial: esta é “a maior garantia constitucional para o Fisco e o Estado, contra o crime organizado e especificamente contra a sonegação, e para o bom contribuinte, contra o arbítrio fiscal e a concussão”.

Outra corrente doutrinária refuta esta teoria com os argumentos de que a maior flexibilização das regras de acesso da Administração tributária à informação bancária sigilosa não implicou que o nosso sistema passasse a ser um “sistema de «reserva de Administração», por contraposição a um sistema de «reserva do Juiz»”²⁸⁴. Defende Telmo Macedo Alves que, pelo contrário, “o sistema actual sempre foi e continua a ser um sistema de «reserva do Juiz»”²⁸⁵, pois a quebra do segredo bancário pressupõe

²⁷⁹ *Manual de Direito Bancário* (...), pág. 279.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ Outro argumento apresentado pelo autor é o de que se o juiz, no âmbito da investigação de um crime, tem que se socorrer do art.º 135º CPP, pedindo autorização do Tribunal superior para ter acesso a essas informações, não faz sentido que a Administração fiscal possa aceder livremente, independentemente de uma autorização judicial.

²⁸² “A divulgação de um sistema aberto ao fisco e acompanhado por públicos apelos à delação só pode prejudicar o País e o seu desenvolvimento.” (CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário* (...) pág. 283); “O acesso indiscriminado gera insegurança e o que é pior, em época de globalização da economia, transferência de investimentos” (MARTINS, Ives Gandra da Silva, cit., pág. 457)

²⁸³ Cit., págs. 472 e 473.

²⁸⁴ MACEDO ALVES, Telmo José, cit., pág. 79.

²⁸⁵ *Idem*.

sempre autorização judicial – não prévia, mas posterior (art.º 63º-B, 5 LGT). Também Noel Gomes concorda com esta posição: o autor faz a distinção entre reserva de jurisdição absoluta e relativa, nesta incluem-se as “zonas cinzentas” em que existe contacto com outras actividades, como a administrativa, nestes casos, o legislador atribui a prática de actos de carácter jurisdicional a outros órgãos, neste caso à Administração, prevendo a possibilidade de sujeição dos mesmos à apreciação dos tribunais em momento posterior – o princípio da reserva do juiz não é desrespeitado, visto que se basta com o reexame judicial posterior à prática do acto²⁸⁶.

Ainda que este sistema pareça deixar o contribuinte numa situação de menor protecção em comparação com um sistema em que seja necessária autorização judicial prévia, as garantias de que aquele beneficia protegem-no contra intromissões arbitrárias do fisco na sua vida privada: em primeiro lugar, este só pode aceder directamente a informação bancária coberta pelo sigilo nos casos expressamente consagrados na lei (art.º 63º-B, 1 LGT); depois, beneficia também de garantias de confidencialidade, pois também a Administração tributária tem o dever de guardar segredo da informação a que tenha acesso, também esta está vinculada ao dever de sigilo fiscal (art.º 64º LGT)²⁸⁷; dispõe igualmente de garantias procedimentais como a necessidade de fundamentação da decisão da quebra do segredo bancário, a necessidade de notificação aos interessados da decisão da quebra, a audição prévia dos familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte no caso de a quebra ser feita quanto a documentos bancários a estes pertencentes (art.º 63º-B, 2 LGT) e, por fim, o facto de a competência para tomar a decisão de acesso directo pertencer ao director geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, sem possibilidade de delegação (artº 63º-B, 4 LGT)²⁸⁸. De qualquer modo, o contribuinte continua a beneficiar da garantia processual de recurso judicial, mesmo que com mero efeito devolutivo (art.º 63º-B, 5 LGT) pois caso o recurso seja deferido, as provas entretanto obtidas não poderão ser desfavoravelmente utilizadas pela Administração tributária (art.º 63º-B,6

²⁸⁶ GOMES, Noel, cit., pág. 345.

²⁸⁷ “Ainda que quebrada num primeiro nível, em última *ratio* a privacidade está protegida, já que a Administração fiscal está, também ela, obrigada ao sigilo. A informação circula, é certo, mas por um sistema estanque, vedado, ou seja, não extravasa”, HENRIQUES BARBOSA, Paula Elisabete, cit., pág. 18. A este propósito, defende Noel Gomes que, apesar de ser uma garantia, a violação da vida privada já foi consumada, pois a Administração tributária já teve acesso aos elementos protegidos pelo sigilo bancário (cit., pág. 349) e que a única forma de garantir que o direito não seja violado é através de um procedimento cautelar previsto nos artigos 112º e seguintes do CPTA, de modo a suspender a eficácia do acto (cit., págs. 350 a 353).

²⁸⁸ MACEDO ALVES, Telmo José, cit., págs. 80 e 81.

LGT) e, em todo o caso, também esta tem o dever de guardar segredo quanto aos factos e informações de que entretanto tenha tomado conhecimento (art.º 64º, 1 LGT).

Conclui-se pelo respeito do princípio da necessidade: ainda que, de forma indirecta, a Administração fiscal possa ter acesso a dados de carácter pessoal, esse acesso encontra-se justificado por, em muitos casos, essa ser a única forma eficaz de obter informações que permitam a prossecução do interesse público da justa tributação e igualdade dos contribuintes. De todo o modo, não se pode considerar que a medida seja de tal modo gravosa que deixa o sujeito numa situação de total desprotecção – este beneficia de garantias legalmente previstas que lhe permitem defender a sua vida privada.

Quanto às excepções ao segredo bancário previstas na alíneas a), b) e c) do art.º 79º, 2 RGICSF, nomeadamente o acesso a informações cobertas pelo segredo bancário pelo BdP, CMVM, FGD e SII, “revela-se fundamental, diríamos mesmo imprescindível, tanto para o exercício das funções de supervisão de todas as entidades que fazem parte do sistema financeiro como para a salvaguarda da confiança de todos os que a ele recorrem”²⁸⁹, de modo a tornar possível a prossecução dos “interesses públicos de bom funcionamento, equilíbrio e de estabilidade do sistema financeiro”^{290 291}. Nestes casos, o acesso a informação não funciona em desfavor dos sujeitos mas sim na salvaguarda e segurança das suas posições perante o sistema bancário, por isso, não se pode dizer que a medida ponha em causa as suas posições subjectivas. Para além disso, também aquelas instituições estão vinculadas ao dever de segredo acerca das informações de que tomem conhecimento. Tudo isto leva a concluir pelo respeito da necessidade²⁹².

As excepções decorrentes da solicitação de informações pelas autoridades judiciais no âmbito de um processo penal revelam-se medidas necessárias para a descoberta da verdade na medida em que as provas assim obtidas permitem que se prossiga com as

²⁸⁹ GOMES, Noel, cit., pág. 43.

²⁹⁰ *Idem*.

²⁹¹ “ (...) estas derrogações ao sigilo bancário servem também elas fins protegidos por lei, incluindo a própria Lei Constitucional, visto que o bom funcionamento do sistema financeiro – o qual passa pela boa articulação entre instituições – interessa a uma sociedade desenvolvida, economicamente eficaz, desiderato constitucional”, HENRIQUES BARBOSA, Paula Elisabete, cit., pág. 10.

²⁹² “O Banco Central, nos seus procedimentos de supervisão, não poderá exigir dados concretos sobre a identidade dos depositantes ou devedores dos bancos. A não ser que afirme fundamentalmente que tal é necessário para obter resultados legalmente relevantes, e sempre de acordo com os princípios da necessidade e proporcionalidade.

A boa fé que preside ao comércio jurídico levará a aceitar que uns bancos comuniquem aos outros, mediante prévio conhecimento do seu cliente, a «ficha bancária» deste, para avaliação do risco do credor. Sempre de acordo com as regras da necessidade e da proporcionalidade, serão, assim, lícitas, mediante as devidas precauções, as centrais de riscos de crédito” LEITE DE CAMPOS, Diogo, cit., pág. 17.

investigações de um eventual crime. Principalmente no que concerne aos crimes fiscais, o levantamento do segredo bancário pode inclusivamente ser o único meio que permite obter provas de que um ilícito criminal foi perpetrado (e o mesmo se diga em relação a outros crimes). A quebra do segredo bancário para efeitos criminais está dependente, no entanto, de despacho fundamentado pela autoridade judiciária que solicite informações e a decisão de quebra pode ser sempre objecto de recurso para um Tribunal superior²⁹³, o que constitui uma importante garantia para o sujeito.

Parte da doutrina tem entendido que o sigilo só pode ceder em caso de crime grave. Assim, Menezes Cordeiro²⁹⁴: “apenas os interesses subjacentes a um crime grave prevalecem sobre os bens de personalidade em jogo no segredo” e, em princípio os valores que se pretende proteger com o segredo bancário serão de “natureza não patrimonial”²⁹⁵. Também Diogo Leite de Campos²⁹⁶ defende que apenas “crimes contra as pessoas de muita gravidade, como o homicídio ou outros de gravidade equivalente” justificam a quebra do sigilo bancário²⁹⁷.

No entanto, não é apenas os crimes graves contra as pessoas que o Estado se encontra constitucionalmente vinculado a combater. Inclusivamente, é quanto aos crimes económicos que parece ter mais utilidade o levantamento do segredo bancário²⁹⁸. “A disciplina do segredo não pode limitar o interesse público e a utilidade social na manifestação da verdade, que estão no âmago do processo penal”²⁹⁹ – os crimes graves não se resumem aos crimes contra as pessoas; crimes contra o património podem revelar-se igualmente lesivos dos interesses públicos ou de outros sujeitos, que cabe ao

²⁹³ Que pode, segundo o Tribunal da Relação de Lisboa (Acórdão de 19 de Outubro de 2011), “ter como objecto a ponderação quanto aos interesses em presença arguidos no despacho fundamentado”.

²⁹⁴ *Manual de Direito Bancário* (...), pág. 269.

²⁹⁵ *Idem*, pág. 266.

²⁹⁶ *Cit.*, pág. 17.

²⁹⁷ “Estas limitações devem resultar de interesses gerais de primeira ordem, ao nível do Direito das pessoas.

Assim, não admito que interesses patrimoniais, seja de quem for, façam limitar o sigilo bancário. A protecção da *pessoa* que subjaz ao direito à privacidade – sigilo bancário, não pode ser afastada pela protecção dos patrimónios. Mesmo que este interesse seja o interesse do Estado em cobrar impostos. Se assim não for, o sigilo perderá quase todo o significado por poder ser afastado perante os interesses de qualquer credor. Com efeito, não vejo maior peso no interesse do Estado em cobrar receitas que podem ser malbaratadas, no que no interesse de uma pessoa que afirma que outrem lhe ficou a dever certa quantia imprescindível para um tratamento médico.

Nesta ordem de ideias, não aceito que o sigilo bancário possa ser afastado pela autoridade judicial no caso de crimes contra o património ou crimes contra as pessoas de pouca gravidade” (LEITE DE CAMPOS, Diogo, *cit.*, pág. 17).

²⁹⁸ No caso de homicídio, por exemplo, excepcionalmente a conta bancária e os respectivos movimentos poderão ter um papel crucial na descoberta da verdade.

²⁹⁹ LUÍS, Alberto, *cit.*, pág. 110.

Estado defender por imposição constitucional³⁰⁰. De todo o modo, também o juiz e o Ministério Público, caso seja esta a autoridade judiciária competente para ordenar a quebra do segredo bancário, estão vinculados ao princípio da proporcionalidade, também estes têm que fazer um exercício de ponderação de interesses no caso concreto, de modo a descortinar qual o interesse preponderante, decidindo pela quebra do segredo bancário ou não³⁰¹.

Este último argumento serve também para o processo civil. Assim, perante um conflito de interesses no âmbito das relações privadas exige-se uma “concreta ponderação de interesses, nunca devendo a quebra do sigilo ir além do necessário”³⁰². Desde que respeitadas estas exigências, a quebra do segredo bancário revela-se necessária para acautelar interesses de terceiros (como, por exemplo, dos sucessores do titular da conta bancária, ou dos credores do mesmo).

Por fim, outra garantia de que beneficiam os titulares do direito ao segredo bancário nas situações em que os bancos revelem informações cobertas pelo segredo bancário fora dos casos legalmente previstos, nos quais se estabelece o dever de colaboração da instituição bancária para a prossecução de fins considerados proeminentes, violando, desse modo, a privacidade das pessoas, são responsabilizados pela Ordem Jurídica. A violação do dever de segredo por parte do banco é um acto ilícito podendo resultar em diferentes tipos de responsabilidade: desde logo, do art.º 84º RGICSF resulta que a violação do dever de segredo desencadeia a responsabilidade criminal do infractor (art.º 195º CP), podendo simultaneamente desencadear outros tipos de responsabilidade, como a responsabilidade civil extra-contratual, a responsabilidade disciplinar e a responsabilidade contra-ordenacional.

³⁰⁰ “ (...) compreende-se quais os valores que condicionaram essas derrogações, que podem ser resumidos no valor supremo da justiça. O levantar do véu quanto a dados bancários pode ser uma arma muito eficaz no combate ao crime, em especial crimes económicos, fiscais, de associações criminosas, de terrorismo, enfim, uma panóplia de ilícitos gravemente lesivos dos bens mais fundamentais da sociedade. A justiça é pois um valor defendido pelo sistema jurídico, desde logo pela sua fonte máxima de Direito – a Lei Fundamental. Estas limitações do sigilo bancário servem naturalmente esses fins superiores de garantir o cumprimento da lei, o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais, o bem-estar colectivo, entre outros (art.º 9º CRP) ” (HENRIQUES BARBOSA, Paula Elisabete, cit., págs. 12 e 13).

³⁰¹ O Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 19 de Outubro de 2011, pronunciou-se no sentido de que, atenta a similaridade substancial entre a protecção da privacidade no que respeita às escutas telefónicas e à defesa do segredo profissional, a gravidade do crime que justifica a quebra do segredo bancário deve exprimir-se, pelo menos em regra, na punibilidade do mesmo com pena superior, no seu máximo, a 3 anos de prisão – cf. Art.º 187º, nº1, alínea a) do Código de Processo Penal.

³⁰² MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de Direito Bancário* (...), pág. 273.

Em conclusão, o legislador português respeitou os requisitos das restrições dos direitos fundamentais, concretamente do direito à intimidade através da quebra do sigilo: existem leis que preveem, taxativamente, excepções ao segredo bancário. Essas excepções, apesar de imporem restrições não expressamente consagradas na Constituição, ainda assim se pode concluir pela constitucionalidade das mesmas, recorrendo à teoria das restrições constitucionais implícitas que se destinam a acautelar outros interesses constitucionalmente protegidos; a quebra do segredo bancário, na medida em que se cinja a informações que se mostrem relevantes para a prossecução da defesa dos interesses que conflituam com o segredo bancário, revela-se adequada aos fins que se propõe alcançar, é também uma medida proporcional em sentido estrito visto que o conteúdo essencial do direito à privacidade se mantém e, por fim, a medida é necessária uma vez que em muitos casos pode ser a única que permita alcançar o fim visado, são asseguradas garantias aos indivíduos que lhes permitem diminuir os efeitos nocivos da decisão de levantamento do segredo e, mesmo que se trate de informação de cariz pessoal, a finalidade para que é utilizada não põe em causa a dignidade da pessoa em termos considerados insuportáveis (como se fosse o caso de acesso e divulgação pela comunicação social) – essa informação não se destina a ser divulgada, mantendo-se num círculo restrito e destinando-se a finalidades bem definidas. Enfim, fora das situações em que o dever de segredo é substituído pelo dever de colaboração, os infractores são responsabilizados, podendo incorrer em diversos tipos de responsabilidade.

7.2. NO DIREITO INTERNACIONAL

O fenómeno da globalização acarreta importantes consequências; os Estados não mais podem ser encarados de forma isolada mas inseridos numa comunidade – a Comunidade Internacional. Para isso muito contribuiu a livre circulação de pessoas, bens e capitais que têm importantes reflexos ao nível do Direito interno das várias Ordens Jurídicas que compõem a Comunidade Internacional. Problemas como os de ordem criminal e fiscal deixaram de ser exclusivos das diferentes Ordens Jurídicas para passarem a ser comuns ao conjunto dos Estados, clamando por soluções comuns e concertadas.

Por outro lado, o crescente desenvolvimento tecnológico permite a circulação de informações “à velocidade da luz”, não só dentro das fronteiras nacionais mas também a nível internacional, o que coloca os indivíduos em situações desvantajosas pois frequentemente a sua privacidade é devassada, perigo que se verifica à escala global. Este problema também não diz já respeito somente aos Estados individualmente considerados mas sim a toda a Comunidade Internacional atendendo ao compromisso desta de defesa dos Direitos Humanos. É nisto que se traduz a característica do DIDH da ausência da exclusividade da competência nacional, que exige a cooperação dos Estados na tarefa de protecção dos Direitos Humanos. No Comentário Geral n.º 16 do Comité dos Direitos Humanos, relativo ao art.º 17º do PIDCP que prevê, entre outros, o direito à privacidade, realça-se a necessidade de os Estados adoptarem medidas, legislativas e outras, de defesa do direito e, consequentemente, a proibição de interferências ilegais e arbitrárias, seja do Estado ou outras entidades públicas, seja de outras pessoas (inclusivamente as colectivas)³⁰³. Assim, a protecção do direito à privacidade comporta duas vertentes que efectivam a garantia do direito e da dignidade dos sujeitos: uma negativa, que proíbe interferências ilegais e arbitrárias na esfera de autonomia do indivíduo, na sua privacidade por parte dos Estados; e uma positiva, que impõe aos Estados que adoptem medidas que garantam o gozo do direito à privacidade, protegendo o seu titular de interferências de terceiros. Esta vertente positiva, acima de tudo, requer a previsão legal do direito (art.º 17º, 2 PIDCP) para tornar efectiva a sua protecção, para além de outras medidas que garantam o gozo do direito – a efectiva preservação da vida privada, de que o segredo bancário e as garantias que lhe são inerentes, são exemplos.

No Ordenamento Jurídico português este direito está previsto na Constituição, no art.º 26º³⁰⁴. Outros direitos, que são garante deste, designadamente o sigilo bancário, estão também consagrados em leis ordinárias (art.º 78º RGICSF). A vertente positiva do direito à privacidade está também patente na CRP, no n.º 2 do art.º 26º. Neste preceito reitera-se a obrigatoriedade de o Estado tomar medidas de garantia efectiva deste

³⁰³ Trata-se da eficácia vertical dos Direitos Humanos no caso das relações do indivíduo com o Estado e outras entidades públicas e da eficácia horizontal no caso das relações do indivíduo com outros sujeitos.

³⁰⁴ Assim como no art.º 80º do CC.

direito, máxime, através de medidas legais que instituem meios de protecção do direito perante entidades públicas e privadas³⁰⁵³⁰⁶.

O resultado é que também ao nível do Direito Internacional se confrontam interesses públicos comuns aos Estados, que reclamam protecção e interesses privados comuns a todo o ser humano, nomeadamente o direito à privacidade, que reclama igualmente protecção – estes interesses podem, em determinadas situações colidir, o que requer medidas que os conciliem, de modo a assegurar um equilíbrio na prossecução de ambos.

Assim, reconhece-se que o direito à privacidade não é um direito ilimitado³⁰⁷, podendo sofrer restrições com o intuito de assegurar outros interesses que igualmente carecem protecção que, em especial a nível do Direito Comunitário, se prendem com o combate à criminalidade internacional e com motivos de ordem fiscal. Também no âmbito da OCDE se reconheceu a necessidade de cooperação entre os Estados para acautelar interesses que lhes são comuns, advogando uma maior eficiência na sua prossecução. Os países membros da OCDE concluíram que “as autoridades tributárias não devem ser consideradas simples terceiros quanto ao segredo bancário, sobretudo se houver a possibilidade de este facilitar ou promover situações de fraude fiscal”³⁰⁸. “Em tais circunstâncias, os princípios gerais informativos dos ordenamentos jurídicos nacionais aconselham o levantamento da obrigação de discrição como forma de garantir a efectiva salvaguarda do interesse público”³⁰⁹.

Portanto, também ao nível do Direito Internacional se regista uma tendência de enfraquecimento do sigilo bancário, justificada pela necessidade de protecção de interesses públicos gerais que resultam no enfraquecimento do segredo bancário ao nível nacional como meio de cumprir obrigações assumidas internacionalmente. Assim,

³⁰⁵ GOMES CANOTILHO, J. J./Vital Moreira, cit., pág. 471.

³⁰⁶ O segredo profissional é um dos instrumentos de garantia do sigilo bancário (*Idem*, pág. 468), o que se compreende, tendo em conta que em determinadas profissões os sujeitos que as exercem têm acesso privilegiado a informações relativas à vida privada dos clientes; a Lei da Protecção de Dados Face à Informática (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro) é outro instrumento de garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada. Esta lei revela-se de extrema importância tendo em consideração a crescente evolução que se verificou e continua a verificar na área da informática, o que acarreta uma maior possibilidade de acesso a informações relativas à vida privada dos indivíduos, assim como da sua divulgação (GOMES CANOTILHO, J. J./Vital Moreira, cit., pág. 471; MIRANDA, Jorge/Rui Medeiros, cit., pág. 294 e 295); como garantia deste direito é também importante o estabelecimento de sanções civis e penais para os infractores (GOMES CANOTILHO, J. J./Vital Moreira, cit., pág. 471).

³⁰⁷ Isto resulta desde logo do art.º 29º, 1 DUDH, onde se dispõe que *o indivíduo tem deveres para com a comunidade*.

³⁰⁸ AZEVEDO, Maria Eduarda, *O Segredo Bancário*, In: Revista Ciência e Técnica Fiscal, nº 346 – 348, Lisboa, 1989, pág. 56.

³⁰⁹ *Idem*.

o combate à evasão e fraude fiscais, tal como o combate ao crime transnacional são as principais razões que levaram os Estados a adoptar medidas de flexibilização do segredo bancário, reforçando a cooperação entre eles através da troca de informações a que tenham acesso por meio do levantamento de segredo bancário.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos admite que se possam impor limites aos Direitos Humanos³¹⁰; esses limites justificam a imposição de restrições a esses direitos – o direito à privacidade é um direito limitado, o que justifica que se lhe imponham restrições como as derrogações ao segredo bancário. O Comité dos Direitos Humanos reconhece, no Comentário Geral n.º 16, que o direito à privacidade é um direito relativo, uma vez que todos os indivíduos vivem em sociedade³¹¹ - naturalmente também o direito ao segredo bancário é um direito relativo. Mas apesar de reconhecer a relatividade da protecção do direito, o CDH chama a atenção para o facto de as restrições que se lhe imponham terem que respeitar determinados requisitos: as restrições têm que estar previstas na lei, têm que servir para proteger outros interesses superiores da sociedade e têm que ser proporcionais. Caso esses requisitos não sejam respeitados pelo legislador português as leis restritivas serão inconstitucionais por desrespeito do art.º 16º, 2 CRP que manda interpretar e integrar os preceitos relativos a direitos fundamentais de harmonia com a DUDH.

Em primeiro lugar, as restrições têm que estar previstas na lei, que por sua vez tem que respeitar as disposições, finalidades e objectivos previstos na DUDH (dos Direitos Humanos), ou seja, têm que respeitar o núcleo essencial do direito de modo a preservar a dignidade da pessoa humana. Apenas as restrições previstas na lei (que deve especificar as circunstâncias exactas em que essas interferências podem suceder) são legítimas, quaisquer outras representarão uma violação do direito à privacidade – deste modo, no Direito português este requisito encontra-se preenchido e apenas as derrogações ao segredo bancário previstas no art.º 79º RGICSF são legais.

Outro requisito das restrições é que estas apenas podem ocorrer quando sirvam para prosseguir um fim legítimo: proteger outros interesses superiores da sociedade, também eles protegidos pelo Direito Internacional como o combate à criminalidade internacional e a equidade e eficácia na percepção dos impostos³¹². Também no Direito Internacional

³¹⁰ *Vide supra*, págs. 65 a 68.

³¹¹ O que decorre igualmente do art.º 29º, 1 DUDH e do 5º parágrafo do preâmbulo do PIDCP.

³¹² AZEVEDO, Maria Eduarda, cit., pág. 55.

se reconhece a importância da boa administração da justiça e do combate à criminalidade como meio de defender os Direitos Humanos como se pode constatar na Declaração e Programa de Acção de Viena, resultante da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos que decorreu em Junho de 1993: “Todos os Estados deverão oferecer um quadro efectivo de soluções para reparar injustiças ou violações dos Direitos Humanos. A administração da justiça, incluindo os departamentos policiais e de acção penal e, especialmente, um poder judicial independente (...) são essenciais para a concretização plena e não discriminatória dos Direitos Humanos e indispensáveis aos processos da democracia e do desenvolvimento sustentável”; assim como a importância do princípio da justa tributação e igualdade fiscal na medida em que a efectiva defesa e garantia dos Direitos Humanos (principalmente dos direitos económicos, sociais e culturais) depende dos recursos económicos e materiais de que os Estados dispõem, recursos que em parte proveem dos impostos. Esta conclusão decorre do art.º 29º, 1 DUDH, onde se declara que as pessoas têm deveres para com a comunidade e a mesma conclusão foi aludida no Relatório da UNESCO sobre os princípios filosóficos dos Direitos do Homem para a Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 31 de Julho de 1947: “O gozo dos Direitos Humanos carece do reconhecimento por parte do indivíduo da necessidade de cumprimento das suas obrigações para com a sociedade, mas está também condicionado pelos recursos materiais da sociedade a que pertence”. Assim, justifica-se também perante o Direito Internacional as restrições ao segredo bancário como meio de assegurar interesses públicos que, por sua vez, também desempenham um papel na defesa dos Direitos Humanos.

Finalmente, as restrições têm que ser proporcionais: as medidas (necessariamente legais) têm que ser adequadas às finalidades que se propõem alcançar, proporcionais e necessárias. No Direito português já se demonstrou o preenchimento deste requisito.

Quanto ao sub-princípio da adequação, as leis que permitem a derrogação do segredo bancário revelam-se adequadas, na medida em que o acesso a informação sigilosa por parte dos Estado facilita a tarefa de cooperação dos mesmos, o que por sua vez facilita a prossecução das finalidades comuns de combate ao crime e a justa tributação³¹³. O sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que se conseguem equilibrar interesses públicos e privados, máxime, o direito à privacidade (o núcleo

³¹³ As informações cobertas pelo segredo bancário a que se pode aceder têm, no entanto, que ter relevância para a prossecução das finalidades a que os Estados se propõem.

essencial deste direito é respeitado – fora das relações bancárias o direito mantém-se intacto e apenas informações relevantes para o caso podem ser acedidas). Por fim, pelas razões já expostas, conclui-se pelo respeito do sub-princípio da necessidade³¹⁴, acrescente-se, porém, que o CDH chama a atenção para o facto de os Estados deverem estabelecer por lei quais as autoridades e órgãos que podem autorizar as interferências e aqueles a que os indivíduos podem recorrer quando entendam que a interferência tenha sido arbitrária, logo violadora do seu direito à privacidade. Já foram referidas quais as garantias que o indivíduo beneficia a nível interno³¹⁵, a estas acrescentam-se as de DIDH previstas em instrumentos jurídicos internacionais relativos a Direitos Humanos, a que podem recorrer caso entendam que o seu direito ao segredo bancário (logo, à privacidade) tenha sido objecto de intervenção arbitrária por parte do Estado.

Muito resumidamente, ao nível do sistema de protecção universal dos Direitos do Homem, com o Protocolo Facultativo ao PIDCP de 16 de Dezembro de 1966, passou a admitir-se aos particulares a apresentação perante o Comité dos Direitos do Homem (instituído pelo art.º 28º PIDCP) comunicações de que se consideram vítimas de violação de um dos direitos enunciados no PIDCP. O Comité examina essas comunicações desde que se esgotem previamente os meios internos (art.º 2º do Protocolo), não esteja a decorrer outro processo paralelo sobre a mesma questão (art.º 5º, 2, a) do Protocolo) e a comunicação seja compatível com as disposições do Pacto (art.º 3 do Protocolo), emitindo posteriormente pareceres não vinculativos. No âmbito do conselho da Europa, o TEDH tem competência para receber petições individuais (art.º 34º CEDH) de sujeitos que se considerem vítimas de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção. A admissibilidade da Comunicação depende do esgotamento dos recursos internos, de não ter sido já objecto de apreciação pelo Tribunal ou por outra instância internacional e da sua compatibilidade com as disposições da Convenção e seus Protocolos (art.º 35º CEDH). As sentenças do Tribunal são definitivas (art.º 44º CEDH) e têm força vinculativa para os Estados (art.º 46º CEDH). Na CADH também se prevê o sistema de petições individuais a apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja competência é obrigatória (art.º 44º CADH). As condições de admissibilidade também passam pelo esgotamento dos meios internos, pela inexistência de um processo paralelo

³¹⁴ Vide *supra*, págs. 71 a 81.

³¹⁵ *Idem*.

e pela ausência de vícios formais (art.º 46º CADH). Também na CADHP se prevê um sistema de comunicação individual perante a Comissão Africana de Direitos Humanos (artigos 55º a 59º CADHP).

O CDH chama ainda a atenção para o facto de mesmo as interferências previstas na lei poderem ser arbitrárias. Deste modo, exige-se que as entidades autorizadas a aceder a informações sobre a vida privada das pessoas – a informação bancária sigilosa – apenas possam tomar conhecimento de informação que seja essencial para a prossecução dos interesses públicos, apenas com o objectivo de prossecução desses interesses e em todo o caso terão que fazer uma avaliação do caso concreto de modo a verificar se a medida é proporcional nessa situação. Assim, também as autoridades autorizadas a quebrar o segredo bancário ou a quem caiba a decisão de quebra devem respeitar o princípio da proporcionalidade aplicado ao caso concreto.

Concluindo, os interesses públicos que justificam a derrogação do sigilo bancário não podem hodiernamente ser entendidos como interesses exclusivos dos Estado mas de toda a Comunidade Internacional; por outro lado, o interesse privado na defesa do direito à privacidade é também objecto de tutela pela Ordem Jurídica internacional. Também ao nível internacional se podem conceber situações de colisão destes interesses: cabe aos Estados adoptar legislação que os harmonize respeitando, por um lado, as obrigações assumidas a nível internacional, em especial no âmbito da União Europeia, e, por outro, os requisitos das restrições impostos pelo DIDH.

A defesa dos interesses públicos, tais como a boa administração da justiça e combate à criminalidade e a justa tributação e igualdade fiscais desempenham, conforme se constatou, um papel na defesa dos Direitos Humanos. Por conseguinte, a defesa de interesses públicos prende-se com a garantia da dignidade da pessoa humana – que é precisamente o fundamento dos Direitos Humanos³¹⁶.

A dignidade humana é um valor absoluto. Isto significa que só pode ser confrontada a dignidade de uma pessoa com a dignidade das demais: resulta daqui que o indivíduo tem que cumprir deveres para com a comunidade em que se insere³¹⁷. Assim, o direito à privacidade só pode sofrer restrições quando colida com interesses públicos superiores afectos à garantia dos Direitos do Homem e, logo, à da dignidade da pessoa humana.

³¹⁶ Vide *supra*, págs. 17 a 19.

³¹⁷ Vide *supra*, pág. 19; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (...), pág. 207.

Desta forma, são razões que se prendem com os valores da justiça, igualdade, solidariedade e segurança – que concretizam a dignidade da pessoa humana³¹⁸ – que justificam as restrições ao direito à privacidade através da derrogação do segredo bancário.

O mesmo raciocínio deve ser feito quanto à auto-restrição do direito à privacidade através da dispensa do segredo bancário: desta vez é o valor da liberdade, também ele concretizador da dignidade da pessoa humana, que justifica a derrogação do segredo bancário, como de seguida se irá comprovar.

8. AUTORIZAÇÃO DO CLIENTE PARA O LEVANTAMENTO DO SEGREDO BANCÁRIO

O titular do direito ao segredo bancário – do direito à privacidade - pode consentir no levantamento desse segredo (art.º 79º RGICSF), permitindo, deste modo, que o Estado e outras entidades públicas tenham acesso a informações e factos que lhe respeitem, o que se traduz no “enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica, determinado por uma declaração de vontade do titular dessa posição que o vinculou juridicamente a aceitar o correspondente alargamento da margem de actuação da entidade pública face às pretensões que decorriam daquela posição”³¹⁹.

Esta possibilidade de o titular do direito autorizar o levantamento do segredo bancário e, assim, restringir o âmbito de protecção do seu direito à privacidade, não contende com a característica de irrenunciabilidade dos Direitos Humanos³²⁰ e isto porque a possibilidade de auto-restrição dos direitos é ainda uma forma de exercício, é uma “manifestação *negativa* de exercício”^{321 322}. Para além disso, o titular não perde de modo definitivo a titularidade do direito, tem sempre a possibilidade de revogar essa auto-restrição. Por fim, a possibilidade de auto-restrição dos direitos de que se é titular

³¹⁸ Vide *supra*, págs. 18 e 19.

³¹⁹ REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006, pág. 233.

³²⁰ Os Direitos Humanos são, de facto, inalienáveis e irrenunciáveis. Aquilo que se passa quando o titular dispõe de um direito é, de acordo com José Melo Alexandrino (cit., pág. 147), que este dispõe apenas de “uma posição individual ou de determinados efeitos avaliados em concreto” e nunca do direito fundamental como um todo.

³²¹ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, (...), pág.385.

³²² REIS NOVAIS, Jorge, cit., pág. 235

decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que o indivíduo tem a liberdade de conduzir a sua vida como lhe aprouver, incluindo a opção de dispor dos direitos de que é titular limitando-os, se assim lhe for mais conveniente³²³. Acresce que a noção de dignidade é entendida por cada indivíduo de maneira diferente, isto é, cada um constrói a própria noção de dignidade e faz opções acerca da sua vida de acordo com essa construção³²⁴.

Na CRP não existe norma que preveja a possibilidade de auto-restrição de direitos nem norma que a proíba, mas, tendo em conta que a auto-restrição de direitos é ainda uma forma de os exercer e que esta se funda no princípio da liberdade, não se pode concluir que a Constituição a proíba, desde que: “sejam livremente decididas ou consentidas”; se encontrem reguladas por lei quando envolvam algum poder conexo da Administração”; “sejam limitadas no tempo” e “sejam livremente revogáveis (pressupondo que, pela natureza das coisas o possam ser) ”³²⁵. Igualmente no DIDH não se proíbe expressamente a auto-restrição dos Direitos Humanos, implicitamente também não parece que exista tal proibição; pelo contrário, sendo a auto-restrição dos Direitos Humanos, como se disse, ainda uma forma de exercício dos mesmos e que essa possibilidade decorre da dignidade da pessoa humana e, logo, do seu inerente valor da liberdade, de conformação do modo como cada indivíduo decide conduzir a sua vida, as auto-restrições dos Direitos Humanos parece estarem em conformidade com o DIDH, pois os estes fundam-se na dignidade do ser humano e na sua liberdade que, de uma perspectiva positiva, se traduz na autonomia de actuação do indivíduo.

³²³ “Porque os direitos, liberdades e garantias são expressão da liberdade, têm por fim a liberdade, é antes de mais ao beneficiário da liberdade (à pessoa humana concreta) que deve ser reconhecido o poder de definir o conteúdo e o uso concretos da sua liberdade, do mesmo modo que lhe foi reconhecida a primazia na definição do conteúdo da sua dignidade”, MELO ALEXANDRINO, José, cit., pág. 150.

³²⁴ “Hoje considera-se, cada vez mais, que o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é um dado material objectivamente determinável, sendo antes essencialmente conformado pelas concepções e mundividências do interessado, q quem competirá, em última instância, a determinação do sentido da sua dignidade. Em contraponto à concepção tradicional, carregada de valorações filosóficas materiais e que, não raras vezes, transfere o conceito para o domínio dos *bons costumes* ou da decência, interpretados à luz das representações ideológicas dominantes, procura-se hoje privilegiar uma concepção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento onde impera a autonomia do interessado e o seu poder consequente de conformação da própria vida.” REIS NOVAIS, Jorge, cit., pág. 274 e 275.

³²⁵ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (...), pág. 379.

A disposição parcial de um direito no sentido da limitação da sua protecção, para além de ser uma forma de exercício do direito, é também uma restrição³²⁶ e, por este motivo, tem que obedecer a critérios que determinam a sua admissibilidade ou não.

Desde logo, não são admissíveis auto-restrições de direitos que violem a dignidade da pessoa humana, ou seja, quando a auto-restrição resultar na “destruição ou anulação das condições da sua [do titular do direito] auto-determinação futura, ou [o titular] aceite colocar-se numa situação que iniba a possibilidade de continuar a conformar a sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos, na medida em que isso signifique uma degradação, sem possibilidades de correcção, ainda que voluntária, ao nível de um objecto heteronomamente determinado”³²⁷; igualmente não se admitem restrições de direitos indisponíveis, de direitos que, apesar de protegerem bens pessoais, protegem igualmente bens da comunidade³²⁸, assim, quando, apesar de o interesse protegido ser também um interesse pessoal, predomine o interesse público, que também se visa proteger com esse direito, a auto-restrição é inadmissível³²⁹ – não são, portanto, admissíveis auto-restrições que colidam com a moral, a ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática (artº 29º, 2 DUDH)³³⁰; também é inadmissível a auto-restrição dos direitos insusceptíveis de derrogação previstos nos artigos 4º, 2 PIDCP; 15º, 2 CEDH e 27º, 2 CADH³³¹.

Assim, o indivíduo pode consentir no levantamento do segredo bancário, deste modo restringindo a esfera de protecção do seu direito à privacidade (na medida em que aquele é garante deste). Como *supra* se demonstrou o direito à privacidade - logo o sigilo bancário – não é um direito intangível, assim sendo, o seu titular tem a liberdade de dele dispor - sendo esta uma forma de o exercer – através da autorização dada ao banco para revelar factos e informações que lhe digam respeito e, consequentemente, libertando-o do dever de guardar segredo a que normalmente se encontraria vinculado. É certo que a protecção do segredo bancário, para além de interesses individuais, intenta também proteger interesses públicos³³², por esse motivo podia arguir-se a inadmissibilidade da auto-restrição do segredo bancário. Mas essa avaliação terá que ser

³²⁶ REIS NOVAIS, Jorge, cit., pág. 236.

³²⁷ *Idem*, pág. 277.

³²⁸ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, (...), pág. 386.

³²⁹ REIS NOVAIS, Jorge, cit., págs. 270 e 271.

³³⁰ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, (...), pág. 386.

³³¹ *Idem*.

³³² *Vide supra*, págs. 9 a 13.

feita em concreto, tendo em conta o princípio da proporcionalidade. O indivíduo tem o poder de dispor do seu direito e qualquer limitação a esse poder terá que ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito ³³³.

³³³ REIS NOVAIS, Jorge, cit., págs. 279 a 282; MELO ALEXANDRINO, José, cit., pág. 151.

CONCLUSÕES

1. O segredo bancário é o dever que o banco, seus órgãos, e trabalhadores têm de não revelar informações pessoais e patrimoniais dos seus clientes a terceiros face à relação jurídica, que detêm em virtude do exercício da actividade bancária. É compreensível que as instituições bancárias tenham esse dever atendendo ao montante de informação de cariz pessoal e patrimonial de que dispõem relativa aos seus clientes. Para além de um dever do banco, o segredo bancário é também um direito subjectivo privado e público do banco e do cliente simultaneamente.

O fundamento do instituto não é entendido de forma consensual, varia consoante a Ordem Jurídica e o momento histórico. Em Portugal são vários os fundamentos do segredo bancário: para além de estar expressamente consagrado na lei, é ainda uma vertente do segredo profissional, podendo ainda decorrer dos contratos celebrados entre a instituição bancária e o cliente.

Os valores protegidos pelo segredo bancário são de natureza privada e pública, entre os primeiros se contam os interesses do banco de protecção dos seus direitos ao bom nome e reputação, liberdade de iniciativa económica, propriedade privada; e os do cliente de defesa dos seus direitos à privacidade, livre desenvolvimento da personalidade, propriedade privada; os interesses públicos referem-se à protecção da confiança no funcionamento do sistema financeiro e, consequentemente, no incentivo ao aforro. Não se pode afirmar que um destes tipos de interesses prevalece pois que os interesses privados e públicos protegidos pelo sigilo bancário são complementares e interdependentes.

2. É difícil definir Direitos Humanos num cenário ideológico e político heterogéneo, por isso, aquando da elaboração da DUDH deu-se mais relevância à necessidade de reunir consenso entre os Estados quanto aos direitos fundamentais do que a uma definição unanimemente aceite de Direitos Humanos. Também não consta dos instrumentos legais internacionais qual é o seu fundamento, mas está aí implícito que esse fundamento é a dignidade da pessoa humana, que pressupõe uma esfera de autonomia que permite ao ser humano fazer opções quanto ao modo como decide conduzir a sua vida e que se concretiza noutros valores: justiça, vida, liberdade, igualdade, solidariedade e segurança. A dignidade é um valor absoluto: só pode ser confrontada com a dignidade

de outros seres humanos, o que implica que o indivíduo deve ser visto como um fim em si mesmo e que tem deveres para com a comunidade em que se insere.

3. Os Direitos Humanos são caracterizados por serem indivisíveis e interdependentes (têm igual importância e dependem uns dos outros para serem alcançados); universais (pertencem a todos os seres humanos sem discriminação); inalienáveis e irrenunciáveis (o indivíduo não pode abdicar nem dispor deles); invioláveis (as autoridades públicas não os podem desrespeitar e estão vinculadas a garanti-los); têm carácter histórico (a sua interpretação é feita de maneira diferente consoante o momento histórico); e não são típicos (podem surgir novos direitos na esfera do indivíduo consoante as necessidades sociais da época). Os Direitos Humanos classificam-se, principalmente, em direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais e direitos individuais e colectivos.

4. O direito à privacidade é um Direito Humano que surgiu com o aparecimento e fortalecimento da burguesia resultado da evolução tecnológica que nessa altura se registou e que facilitou a circulação de informação. Para o surgimento deste direito muito contribuiu a doutrina de Warren e Brandeis. A vida privada objecto de protecção pelo direito à privacidade contrapõe-se à vida pública e, na sua delimitação têm que ser tidos em conta factores de natureza subjectiva (a construção individual da vida privada e a condição das pessoas), conjuntamente com factores de ordem objectiva (as valorações sociais feitas sobre a questão num determinado contexto cultural e temporal). A teoria das esferas tem utilidade num momento posterior à inclusão de um facto na vida privada: da inclusão deste na esfera secreta, íntima ou privada resulta a violação em mais ou menor grau da dignidade humana.

5. Os interesses protegidos pela vida privada, nos países europeus, dizem respeito ao resguardo da informação (e não à liberdade da vida privada, como acontece nos EUA), portanto, os interesses que se visa proteger são: o interesse em subtrair-se à atenção dos outros, em impedir o acesso a si próprio e em impedir o conhecimento e/ou divulgação de informação que respeite ao titular do direito. Porém, o TEDH tem aplicado o art.º 8º CEDH, relativo ao direito à privacidade, não só a situações relativas ao resguardo de informações, mas também à liberdade da vida privada e a interesses que na Ordem Jurídica portuguesa são tutelados por outros direitos autónomos como o direito à imagem, honra, reputação, nome e integridade física e moral.

6. O direito à privacidade, como Direito Humano, é universal, é um direito sobretudo defensivo, protegendo tanto o segredo como a reserva da privacidade e deve ser entendido num sentido relacional, pois a sua protecção é uma preocupação não apenas do indivíduo mas da comunidade em geral.

7. O DIDH surgiu após a II Guerra Mundial como consequência do reconhecimento pela Comunidade Internacional do indivíduo como sujeito de Direito Internacional e da necessidade de cooperação entre os Estados para a sua efectiva e eficaz protecção. O surgimento das Nações Unidas foi o principal impulso para o aparecimento do DIDH, que se caracteriza por apresentar algumas diferenças em relação ao Direito Internacional clássico, tais como: a ausência da exclusividade da competência nacional, a necessidade de ultrapassar o princípio da não ingerência nos assuntos internos, a emergência de um princípio da não reversibilidade dos compromissos dos Estados, a natureza *jus cogens* das normas de DIDH e a progressiva afirmação da perspectiva universalista do DIDH. O DIDH pode ser definido como o “conjunto de regras jurídicas internacionais, qualquer que seja a fonte de onde emanam, que reconhecem, sem discriminação, aos indivíduos, direitos e faculdades que asseguram a liberdade e dignidade da pessoa humana e que beneficiam de garantias institucionais”³³⁴ e regula as relações de Direito Público entre o indivíduo e o Estado. São diversas as fontes de DIDH que consagram Direitos Humanos e mecanismos de garantia e protecção: as fontes universais no âmbito das Nações Unidas são a DUDH (cujo valor jurídico-formal não é consensual), o PIDCP e o PIDESC; as fontes próprias dos sistemas de protecção regionais (influenciadas pelas fontes universais) são, na Europa, no âmbito do Conselho da Europa, a CEDH e a Carta Social Europeia, no âmbito da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; nos Estados Americanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a CADH; e em África, no âmbito da União Africana, a CADHP.

8. Em todos estes instrumentos legais está previsto, explícita ou implicitamente (no caso da CADHP), o direito à privacidade, o que leva a perguntar se estes instrumentos protegem também o segredo bancário tendo em conta que este é garante do direito à privacidade. Em Portugal a doutrina diverge quanto à protecção constitucional do segredo bancário pelo art.º 26º, 1 CRP, relativo ao direito à reserva da intimidade da

³³⁴ GUERRA MARTINS, Ana Maria, cit., pág. 82.

vida privada – uma parte recusa aceitar essa protecção por entender que os elementos de que o banco tem conhecimento não se enquadram na vida íntima dos indivíduos; outra parte aceita essa protecção, divergindo, por sua vez, nos argumentos: para os que defendem uma concepção ampla do direito à intimidade, nela incluindo questões de cariz pessoal e patrimonial, a protecção constitucional é directa, diferentemente, para os que defendem uma concepção restrita do direito à intimidade, nela incluindo apenas questões pessoais, a protecção é indirecta. Na intimidade, no entanto, apenas se incluem questões pessoais relativas à vida familiar e sentimental, as patrimoniais permanecem no campo da vida privada, mas é inegável que os bancos podem ter acesso, directa ou indirectamente, a dados pessoais íntimos. No DIDH, porém, a questão não se coloca neste termos e independentemente do teor da informação esta é sempre objecto de protecção pelo direito à privacidade, assim, pelo facto de o art.º 16º, 2 CRP impor que as normas sobre direitos fundamentais sejam interpretadas e integradas de acordo com a DUDH, resulta que o segredo bancário é tutelado pela Lei Fundamental portuguesa.

9. O direito à privacidade não é um direito absoluto, está sujeito a limites provenientes da necessidade de protecção de outros direitos ou valores merecedores de tutela que condicionam o exercício daquele direito. Esses interesses são interesses públicos superiores que, no caso concreto, devem prevalecer desde que sejam cumpridos os requisitos dos limites, a saber: previsão legal, princípio da proporcionalidade e prossecução de um fim legítimo. Na Ordem Jurídica portuguesa a aplicação da cláusula geral relativa aos limites constante do art.º 29º, 2 DUDH não é consensual, contudo deve considerar-se aplicável pois o citado art.º 16º, 2 CRP refere-se não só a preceitos atributivos de direitos mas também limitativos – ou seja, a preceitos que regulamentam o exercício de direitos fundamentais.

10. Os limites ao exercício de direitos legitimam a imposição de restrições ao conteúdo dos mesmos pelos Estados. Assim, justificam-se as restrições impostas ao direito à privacidade através das excepções ao dever de segredo bancário desde que estejam previstas na lei, sejam autorizadas pela Constituição, e respeitem o princípio da proporcionalidade.

11. No Direito português estão legalmente previstas excepções ao dever de sigilo bancário que se classificam em excepções institucionais, cujo objectivo é proteger os interesses públicos do bom funcionamento, equilíbrio e estabilidade do sistema

financeiro; excepções no âmbito de um processo penal, de modo a salvaguardar os interesses públicos de investigação e punição criminal; excepções por razões tributárias, como modo de garantir o interesse na justa, simples e atempada arrecadação dos impostos; e, por último, outras excepções previstas na lei, como as decorrentes de um processo civil, que pretendem salvaguardar o interesse público da boa administração da justiça e interesses de terceiros particulares.

Também ao nível do Direito Internacional se revela a preocupação de salvaguardar interesses públicos gerais e, por isso, tem surgido no âmbito da União Europeia legislação que tem como efeito nas Ordens Jurídicas nacionais, a tendência de enfraquecimento da tutela do segredo bancário – é o caso da Directiva n.º 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro e n.º 2006/70/CE da Comissão, de 01 de Agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, cujo objectivo que justifica o enfraquecimento do segredo bancário, é a defesa do interesse público de combate à criminalidade internacional; e a Directiva n.º 2003/48/CE, do Conselho, de 03 de Junho, relativa à tributação das poupanças em forma de juros que implementa um sistema automático de troca de informações entre os Estados que pressupõe uma maior facilidade de acesso a informações bancárias sigilosas por estes, salvaguardando, desta forma, os interesses públicos de combate à fraude e evasões fiscais, tendo em vista a justa e efectiva tributação. Igualmente a OCDE, através de Relatórios, aconselhou os Estados a flexibilizarem as regras relativas ao acesso a elementos bancários cobertos pelo sigilo, facilitando, deste modo, a tomada de conhecimento de informações para posterior troca entre os Estados com vista à defesa de interesses públicos fiscais. Apesar de a tendência ser no sentido de colaboração entre os Estados, o sigilo bancário não é ainda tratado de modo uniforme por estes e podem apontar-se dois modelos paradigmáticos: a Suíça, onde a protecção do segredo bancário é mais forte e os EUA, onde essa protecção é mais fraca.

12. Sendo o direito ao segredo bancário protegido pela Constituição e pelo DIDH, as excepções que se lhe imponham, como restrições ao direito à privacidade, têm que respeitar os requisitos das restrições decorrentes da CRP e do DIDH. Os requisitos das restrições no Direito português são: i) a previsão legal: as excepções ao segredo bancário estão previstas na lei e só nessas situações pode ser quebrado, encontrando-se respeitado o conteúdo essencial do direito à privacidade; ii) a autorização

constitucional: apesar de a CRP não prever expressamente a possibilidade de restrições ao direito à reserva da intimidade da vida privada considera-se que essa autorização está implícita, conclusão que resulta da interpretação sistemática da Constituição; e iii) o respeito pelo princípio da proporcionalidade: as leis são adequadas para alcançar o fim pretendido, na medida em que só se pode aceder a informação relevante para o caso, são proporcionais em sentido estrito, pois existe um equilíbrio entre os interesses privados na defesa do segredo bancário e interesses públicos inerentes à quebra do segredo bancário e são necessárias, dado que em muitas situações a quebra do segredo bancário é o único meio possível para a prossecução da finalidade de defesa dos interesses públicos em questão e o indivíduo beneficia de garantias que atenuam os efeitos nocivos provocados pela quebra, tais como, o dever de segredo a que estão sujeitas as entidades que tenham tomado conhecimento da informação sigilosa, controlo e intervenção judicial, garantias procedimentais, como a notificação, fundamentação da decisão de quebra, audiência prévia. Os obrigados ao dever de segredo bancário que divulguem essa informação fora das situações previstas na lei podem incorrer em diferentes tipos de responsabilidade, a saber: civil extra-contratual, contra-ordenacional, disciplinar e criminal.

13. Também ao nível internacional se reconhece que interesses privados, como o direito à privacidade, podem colidir com interesses públicos, como a boa administração da justiça e a justa e efectiva tributação. Apesar de aos Estados ser vedada a interferência ilegal e arbitrária na privacidade dos indivíduos, e de estes estarem simultaneamente vinculados a adoptar medidas que garantam o gozo do direito, reconhece-se que este direito não é ilimitado e, por conseguinte, é passível de restrição, desde que respeitados os requisitos da previsão legal, da prossecução de um fim legítimo e do respeito pelo princípio da proporcionalidade. Os fins legítimos objecto de protecção são interesses públicos superiores que também eles servem para garantir a dignidade da pessoa humana – são interesses que se prendem com os valores da justiça, igualdade, solidariedade e segurança.

14. As auto-restrições aos direitos fundamentais, que se traduzem no enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica com o correspondente alargamento da margem de actuação da entidade pública face às pretensões que decorriam daquela posição, por serem ainda uma forma de exercício (negativo) de direitos e por decorrerem da dignidade da pessoa humana, no sentido de esta ter a liberdade de conduzir a sua vida

como entender, são possíveis à luz da Ordem Jurídica portuguesa e internacional. Serão, porém, inadmissíveis as auto-restrições que violem a dignidade da pessoa humana, quando estejam em causa direitos indisponíveis e direitos insusceptíveis de derrogação. A dispensa de segredo bancário é uma forma de auto-restrição do direito à privacidade. Esta, para ser eficaz, deve ser expressa e preferencialmente revestir a forma escrita.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2ª Edição, Principia, 2011

ALEXANDRINO, José de Melo, *O discurso dos direitos*, Coimbra Editora, 2011

ALVES DA FROTA, Hidemberg, *O Princípio da Supremacia do Interesse Público no Direito Positivo Comparado: Expressão do Interesse Geral da Sociedade e da Soberania Popular*, Separata da Revista da FDUL, Vol. XLV – nºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2004

AMARAL CABRAL, Rita, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, AAFDL, Lisboa, 1988

ATHAYDE, Augusto, *Curso de Direito Bancário*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2009

AZEVEDO, Maria Eduarda, *O Segredo Bancário*, In: Revista Ciência e Técnica Fiscal, nº 346 – 348, Lisboa, 1989

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, *Sigilo Bancário e Privacidade*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2005

CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2010

CABRITA, Isabel, *Direitos Humanos: um Conceito em Movimento*, Almedina, 2011

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Segredo Bancário – em Especial, Face às Alterações Fiscais da Lei nº 30-G, de 29 de Dezembro*, In: *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. II, Almedina, Lisboa, 2002

CARDOSO ROSAS, João, *A Universalidade dos Direitos do Cidadão*, In: *Justiça e Direito*, Braga: Centro de Estudo Humanísticos, Universidade do Minho, 2001, págs. 47-63

CASSESE, Antonio, *International Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2005

CORREIA BAPTISTA, Eduardo, *Jus Cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997

FERNANDES, Pádua, *Para que servem os Direitos Humanos?*, Angelus Novus Editora, 2009

FIGUEIREDO DIAS, José, *Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes*, In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001

GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul, *Anotações Acerca do Direito à Privacidade*, In: Jorge Miranda/Marco António Marques da Silva (Coords.) *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo: Quartier Latin, 2008

GOMES CANOTILHO, J. J./Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007

GOMES, Noel, *Segredo Bancário e Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2006

GUERRA MARTINS, Ana Maria, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Almedina, 2010

HENRIQUES BARBOSA, Paula Elisabete, *Do Valor do Sigilo – o Sigilo Bancário, sua Evolução, Limites: em Especial o Sigilo Bancário no Domínio Fiscal – a Reforma Fiscal*, Separata da Revista da FDUL, Vol. XLVI – nº2, Coimbra Editora, 2005

JANUÁRIO GOMES, Manuel, *O Problema da Salvaguarda da Privacidade Antes e Depois do Computador*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 319, Lisboa, 1982

LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Sigilo Bancário e Direito Constitucional*, In: Diogo Leite de Campos (Dir.), *O Sigilo Bancário*, Instituto de Direito Bancário, Edições Cosmos, Lisboa, 1997, págs. 11-17

LUÍS, Alberto, *Direito Bancário – Temas, Críticas e Legislação Conexa*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985

MACEDO ALVES, Telmo José, *O Sigilo Bancário – uma Perspectiva Constitucional em Matéria Tributária*, In: *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. 3, Coimbra, 2010, págs. 11-82

MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Sigilo Bancário*, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 77, Coimbra, 2001

MELO ALEXANDRINO, José, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2ª Edição, Príncipe Editora, 2011

MENDES MACHADO, Jónatas Eduardo, *Direito Internacional – do Paradigma Clássico ao Pós 11 de Setembro*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2004

MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de Direito Bancário*, 3ª Edição, Almedina, 2006

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, 3ª Edição, Almedina, 2005

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo III, Almedina, 2004

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008

MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Internacional Público*, 3ª Edição, Príncipe, 2006

MIRANDA, Jorge/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

MOCO, Marcolino, *Direito Humanos e Seus Mecanismos de Protecção – as Particularidades do Sistema Africano*, Almedina, 2010

MOTA PINTO, Paulo, *O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada*, In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993

OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar*, Separata da Revista da FDUL, Vol. XLIII – nº1, Coimbra Editora, 2002

OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladimir / Maria Mendes Rocasolano, *Direitos Humanos – Conceitos, Significado e Funções*, São Paulo: Saraiva Editora, 2010

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Protecção de Dados e Direito à Privacidade*, In: *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. I, Coimbra Editora, 1999

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho e Constituicion*, Octava Edicion, Tecnos Editora, Madrid, 2003

PESSOA PINTO, Ana, *Temas de Direito Bancário*, Maputo, 1999

PIRES, José Maria, *O Dever de Segredo na Actividade Bancária*, Colecção Temas de Direito Bancário, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1998

REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006

RODRIGUES, Anselmo, *Sigilo Bancário e Direito Constitucional*, In: Diogo Leite de Campos (Dir.), *O Sigilo Bancário*, Instituto de Direito Bancário, Edições Cosmos, Lisboa, 1997, págs. 111-114

SALDANHA SANCHES, José Luís, *Segredo Bancário e Tributação do Lucro Real*, In: *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, nº 377, Janeiro-Março, 1995, págs. 23-44

SARAIVA MATIAS, Armindo, *Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1998